Der Verzicht auf Einreden.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität

Rostock

vorgelegt von

Karl Sievert

aus Wendisch-Priborn.

Rostock i. M.

Ww. H. Winterbergs Buchdruckerei.

1926.

Referent: Herr Professor Dr. Walsmann.

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil.

§ 1 Einleitung.
§ 2 Der Verzicht.
§ 3 Die Einreden.

II. Teil

Der Verzicht auf Einreden.

§ 4 Der Verzicht auf Einreden im allgemeinen.
§ 5 Der Verzicht auf die peremptorischen Einreden.
§ 6 Der Verzicht auf die dilatorischen Einreden.
§ 7 Schlußbetrachtung.

Literaturverzeichnis.

Andreae: Der praktische Begriff der materiellen Einrede im heutigen Recht. Dissertation Marburg 1904.

Bacher: Iherings Jahrbücher, Bd. 5, 51.

Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. 1.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 1. Weimar 1886.

Bucerius: Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung nach römischem und nach gemeinem Recht, nach der deutschen ZPO. und nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Göttingen.

Busch: Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 33. Berlin 1904.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Tübingen und Leipzig 1900.

Cohn: Gruchots Beiträge, Bd. 47 S. 221 ff.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1. Bd. Jena 1922.

Caspers: Erlaß und Verzicht nach dem BGB. Straßburg 1904.

Eccius: Gruchots Beiträge, Bd. 50, S. 1.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. bis 17. Aufl. Marburg 1921.

Endemann: Lehrbuch I, 9. Aufl. Berlin 1903.

Friedenthal: Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 1. S. 549 ff. Jena 1898.

Flegel: Der Begriff der Einrede im BGB. Dissertation. Jena 1902.

Fels: Der Einredebegriff nach dem BGB. und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff. Dissertation. Berlin 1903.

Geier: Der Begriff der Einrede nach dem BGB. Diss. Jena 1901.

v. d. Groeben: Der Einredebegriff nach dem BGB. und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff. Dissertation. Rostock 1903.

Gräffner: Die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede. Berlin 1905.

Götte: Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch in Kohlers Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 17, S. 164 ff.

Gerson: Ist ein vertragsmäßiger Verzicht auf Aufrechnung möglich? Deutsche Jur.-Ztg., Jahrg. 1911, Heft 4.
Hellmann: Vorträge über das BGB. Freiburg 1897.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd. Leipzig 1903.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil. Leipzig 1912.
Hölder: Zur Lehre vom Klagrecht. Iherings Jahrbücher 51, 325.
Hölder: Über Ansprüche und Einreden. Archiv für ziv. Praxis, Bd. 93, S. 1 ff.
Ihering: Geist des römischen Rechts.
Klein: Anzeigepflicht im Schuldrecht. Berlin 1908.
Kipp: Rechtswahrnehmung und Neurecht in der Festgabe der jur. Gesellschaft Berlin für Koch, S. 110 ff.
Langheineken: Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.
Levy: Die Möglichkeit des einseitigen Verzichts im BGB. Dissert. Heidelberg 1912.
Lindemann-Sörgel: Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1923.
Meisel: Grünhuts Zeitschrift XVIII.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1914.
Matthiaß: Die Wandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Deutsche Jur.-Ztg 1902, S. 205.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1.
Neumann: Handausgabe zum BGB., 1. Aufl.
Oertmann: Allg. Teil des BGB., 2. Aufl. Berlin 1908.
Oertmann: Einrede und Verzug. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 78.
Opet und Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. und 2. Abschnitt. Berlin 1906.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. und 5. Bd., 3. Aufl.; Bd. 1 und 2, 3. und 4. Aufl. Berlin 1913/14.
Regelsberger: Pandekten.
Regelsberger: Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung. Iherings Jahrb. 41, 328.
Rappaport: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.

Rauchenberger: Die Einwendung aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte. München 1904.
Reichel: Unklagbare Ansprüche. Iherings Jahrb., Bd. 59, 409.
Rümelin: Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. Archiv für ziv. Prax., Bd. 97, 311.
Ruhemann: Der Begriff der materiellen Einrede. Dissertation Marburg 1908.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen 57, 345. 71, 14. 74, 292. 78, 130. 79, 268. 59, 17. 93, 75.
Suppes: Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissertation. Leipzig 1902.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1., 2. und 3. Bd., 9. Aufl., sonst 7./8. Aufl.
Schüller: Begriff und Wirkung der Stundung nach geltendem Recht. Dissertation. Leipzig 1904.
Schaper: Wesen und Wirkung der Wandlungseinrede. Iherings Jahrb., Bd. 52, 233.
Siber: Rechtszwang im Schuldverhältnis.
Schneider: Über die Beseitigung der Wirkung vollendeter Verjährung durch Anerkenntnis. Iherings Jahrb., Bd. 51, 25.
Schumacher: Die Einrede aus dem Rechte des Dritten. Dissertation. Rostock 1911.
Stammler: Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Festgabe der jur. Fakultät der Universität Halle-Wittenberg für Dernburg. Halle 1900.
v. Tuhr: Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. 1. Leipzig 1910.
Thon: Die rechtsverfolgende Einrede. Iherings Jahrb., Bd. 28, 37.
Walsmann: Der Verzicht. Leipzig 1912.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. und 9. Auflage. Frankfurt a. M. 1900, 1901, 1906.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Tübingen 1920.
v. Winterfeld: Die aufschiebreden Einreden des Erben und der Leistungsverzug. Dissert. Berlin 1907.
Wendt: Wie etwas heißt und was es ist. Archiv für ziv. Praxis 103, 461.
Wach: Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß von Schultzenstein und Vierhaus. Bd. 27.
Wolff: Das Recht zum Besitze in der Festgabe der jur. Gesellschaft zu Berlin für Koch. S. 150.
Zeiler: Anspruchsverjährung und Schuldanerkenntnis. Archiv für ziv. Praxis. Bd. 103, 461.

Nachtrag.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1.—3. Bd. Berlin, Leipzig 1923. 5. Aufl. (Abgekürzt RG-Kom.)

Engelmann: Das Bürgerliche Recht. 4. Aufl. Berlin 1906.

Reichel: Unklagbare Ansprüche. Besprechung von Prof. Walsmann in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 72, 316.

Walsmann: Der Verzicht. Besprechung von Prof. v. Tuhr in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 72, 532.

Seckel: Gestaltungsrechte in der Festschrift für Koch, 1993, S. 205.

Der Verzicht auf Einreden.

§ 1.

Einleitung.

Schon zur Zeit des gemeinen Rechts wie auch noch lange Zeit nach dem Erscheinen unseres Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich die Lehre vom Verzicht eine stiefmütterliche Behandlung gefallen lassen müssen. Man glaubte diese Lehre mit wenig inhaltreichen Sätzen abtun zu können; ja man stellte sogar die Behauptung auf, daß auch gegenüber dem BGB. die Aufstellung eines einheitlichen Verzichtsbegriffs unmöglich sei.[1]) Walsmann[2]) hat in seinem Verzicht den Beweis erbracht, daß diese Behauptungen nicht den Tatsachen entsprechen, daß zwar die Verzichtsaktionen — mit anderen Worten, ob einseitiger oder zweiseitiger Verzicht notwendig ist — verschieden sind, ihnen allen aber ein einheitlicher Verzichtsbegriff zugrunde liegt.

Nicht viel anders verhält es sich mit der Untersuchung über den „Verzicht auf Einreden". Wenn man auch dieser Lehre etwas mehr Beachtung geschenkt hat, so herrschen doch auf diesem Gebiet mangels klärender Bestimmungen sehr große Meinungsverschiedenheiten, besonders über die Frage, ob zur Gültigkeit des Verzichtes einseitige Erklärung genüge, oder ob Vertrag erforderlich sei, daß es angebracht erscheint, in einer Monographie sich einen Weg durch den Wirrwarr der Meinungen zu bahnen. Um dieses Ziel erreichen zu können, muß erst kurz in den folgenden Paragraphen darauf eingegangen werden, was unter Verzicht und unter Einreden im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches verstanden wird. Bemerkt mag noch von vornherein werden, daß wir in dieser Arbeit das öffentliche Recht im allgemeinen ausschalten und uns auf das Privatrecht beschränken.

§ 2.

Der Verzicht.

Wenn man unser Bürgerliches Gesetzbuch durchblättert, so findet man in einer ganzen Reihe von Paragraphen den Ausdruck „Verzicht"

---

[1]) Vgl. Eccius, Gruchots Beitr. 50, 2 ff.
Levy, Die Möglichkeit des einseitigen Verzichts im BGB. S. 10.

[2]) „Der Verzicht".

bezw. „verzichten", ohne daß das Gesetz auch nur an irgend einer Stelle sagt, was es unter dem Verzicht verstanden wissen will, was Gegenstand des Verzichts ist, wie er ausgeübt wird, oder mit anderen Worten, welches sein Tatbestand ist, ob er formbedürftig ist, und welches seine Wirkungen sind. An anderer Stelle wieder vermeidet das Gesetz die Bezeichnung „Verzicht", wo es zweifellos feststeht, daß der Fall in den Verzichtstatbestand mit einbegriffen sein soll. Dieser Mangel an klärenden Bestimmungen hat zur Erhöhung der Schwierigkeit, zu einer Begriffsbestimmung des Verzichtes zu kommen, beigetragen und hat bewirkt, daß die Untersuchungen über den Verzichtsbegriff zu Resultaten geführt haben, die alle mehr oder minder von einander abweichen. Trotzdem bleibt uns nur der eine gangbare Weg, an der Hand der kärglichen Bestimmungen des BGB. die Grundlagen für eine Verzichtslehre zu gewinnen, die dem Geiste des Gesetzes gerecht wird.

Um nun zu ermitteln, was der Inhalt des Verzichts ist, vernotwendigt es sich, zunächst den Gegenstand, die Ausübung, die Form und schließlich die Wirkungen des Verzichts zu untersuchen.

Aus den in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen läßt sich unmittelbar entnehmen, daß es sich um Rechte handelt, die Gegenstand des Verzichts sein können, sei es nun ein bereits erworbenes oder — wie § 517 BGB. deutlich hervorhebt — ein angefallenes, aber noch nicht endgültig erworbenes Recht, ein sog. Anwartschaftsrecht. Eine allgemeine Vorschrift, daß man auf Rechte — unter denen nur die subjektiven Rechte verstanden werden können — verzichten kann, kennt das Gesetz nicht, sondern es hat sich vielmehr damit begnügt, die einzelnen Fälle, in denen ein Verzicht zulässig ist, besonders aufzuzählen. Ist daraus nun argumentol e contrario zu folgern, daß im übrigen der Verzicht ausgeschlossen sein soll? Diese Frage muß mit einem „Nein" beantwortet werden.

Ein solcher Umkehrschluß ist erst gerechtfertigt, wenn festgestellt ist, daß das Gesetz die Nichtbeachtung der Interessen derjenigen, denen die Vergünstigung des Verzichtes nicht zuteil werden soll, vorgeschrieben hat. Einer solchen Feststellung steht aber entgegen, daß das Gesetz Fälle kennt, in denen es die Verzichtbarkeit positiv ausschließt, so daß im Falle der Berechtigung des Umkehrschlusses eine solche Regelung überflüssig erscheint. Die Bestimmungen über die Zulässigkeit des Verzichts auf Rechte sind daher nicht als ausnahmsweise Sondernormen aufzufassen, vielmehr enthalten sie nur die Anwendung eines allgemeinen Prinzips.

Aber auch aus dem Wesen des subjektiven Rechtes läßt sich weder für die Verzichtbarkeit noch für die Unverzichtbarkeit der

subjektiven Rechte etwas herleiten.[1]) Die prinzipielle Verzicht- oder Unverzichtbarkeit der Rechte in den Begriff der subjektiven Rechte einzutragen, würde schon daran scheitern, daß das Gesetz Fälle kennt, in denen es die Verzichtbarkeit ausdrücklich anerkennt, und Fälle, in denen es die Unverzichtbarkeit deutlich ausspricht. Würde die Unverzichtbarkeit oder die Verzichtbarkeit zum Wesen der subjektiven Rechte gehören, müßte die Losung, da der Begriff keine Ausnahmen duldet, heißen: „Die subjektiven Rechte sind alle verzichtbar oder alle unverzichtbar." Eine Annahme in der einen oder der anderen Richtung widerspricht aber der Regelung des Gesetzes. Die Verzichtbarkeit ist vielmehr nur eine besondere Eigenschaft, die nicht jedem subjektiven Rechte zukommt. Demnach ist in jedem konkreten Fall, in dem das Gesetz sich nicht über die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit des Verzichtes ausläßt, zu prüfen, ob allgemeine Gründe die Verzichtbarkeit erheischen, und ob diesen allgemeinen Gründen wieder besondere Gründe entgegenstehen, welche die Verzichtbarkeit des Rechtes verbieten, so daß — praktisch angesehen —[2]) wir von der Verzichtbarkeit der subjektiven Rechte ausgehen können.

Wenn auch prima facie als Gegenstand des Verzichtes nur Rechte erscheinen, so muß doch bei einer tieferen Betrachtung der gesetzlichen Vorschriften, die vom „Verzicht" bezw. vom „verzichten" sprechen, die Frage an Bedeutung gewinnen, ob nur subjektive Rechte Gegenstand des Verzichts sein können. § 151 BGB. erklärt nämlich den Verzicht, der hier im technischen Sinne gebraucht ist, auf eine Annahmeerklärung dem Antragenden gegenüber, die im Regelfalle für den Abschluß des Vertrages wesentlich ist, für zulässig. Prüfen wir die Rechtslage.

Das Gesetz schreibt zunächst überall im Interesse der Allgemeinheit ein bestimmtes Verfahren vor, das die Beteiligten beobachten müssen, um den beabsichtigten rechtlichen Erfolg zu erreichen oder um ihn doch schließlich mit Hilfe staatlichen Zwanges zu verwirklichen. In manchen Fällen, wo ein öffentliches Interesse an der strikten Befolgung nicht obwaltet, gestattet aber das Gesetz, daß mit gleichen Wirkungen ein anderes als das vom Gesetzgeber vorgezeichnete Verfahren eingeschlagen werden kann. Es handelt sich um sog. dispositive Vorschriften, welche die Interessenten aus irgend einem Grunde, vielleicht der Bequemlichkeit halber ausschalten und an ihre Stelle ein von ihnen selbst gewähltes Verfahren setzen, aber innerhalb dieses Verfahrens die gleichen

[1]) Vgl. Walsmann, „Der Verzicht", S. 66 ff.
[2]) „ „ „ „ S. 69 ff.

Rechtswirkungen erzielen.[1]) Unter einen solchen Fall fällt § 151. Das Gesetz geht davon aus, daß zum Zustandekommen eines Vertrages, der einen rechtlichen Erfolg bezweckt, zugunsten des Antragenden Antrag und Annahmeerklärung, die dem Offerenten um der Sicherheit willen wieder zugehen muß, erforderlich sind. Unter Umständen hat der Offerent kein sehr großes Interesse an dem Zugehen der Annahmeerklärung, und diesen Fall berücksichtigt das Gesetz, indem es dem Antragsteller die Möglichkeit einräumt, diese Vorschriften auszuschalten, und zwar in Form eines Verzichtes.[2]) Er verzichtet dabei nicht auf ein Recht, sondern auf eine zu seinen Gunsten aufgestellte Formvorschrift oder mit anderen Worten auf einen Vorteil, deren Beobachtung im Regelfalle für den Abschluß eines Vertrages wesentlich ist, von der aber im Interesse des Offerenten im einzelnen Fall abgewichen werden kann. Von einem Verzicht auf ein Recht auf die Annahmeerklärung kann schon um deswillen nicht die Rede sein, weil das Gesetz allen Rechtsgenossen diese Formvorschriften gleichmäßig zur Verfügung stellt, ein Recht aber immer eine ausschließliche Befugnis bedeutet, die nur einem einzelnen oder einer beschränkten Zahl zusteht.[3]) Gleiches ergibt sich aus § 1245 BGB.

Von Bedeutung für die Verzichtlehre ist festzustellen, wie der Verzicht ausgeübt wird. Auch darüber sagt das Gesetz nichts Bestimmtes, sondern spricht an einigen Stellen nur davon, daß der Verzicht erklärt werden muß. (Vgl. § 928 BGB.) Aus den Bestimmungen, die inbezug auf diese Frage schwache Andeutungen machen, können wir nur das mit Sicherheit entnehmen, daß der Tatbestand des Verzichts in einer Erklärung besteht, die auf einem rechtserheblichen Willen des Erklärenden beruhen muß. Das bedeutet, daß die Verzichtshandlung, die Verzichtsaktion, ihrem Inhalte nach ein Rechtsgeschäft ist, indem wir mit Biermann[4]) unter „Rechtsgeschäft" einen Tatbestand verstehen, dessen wesentlicher Bestandteil eine oder mehrere Willenserklärungen sind, und dessen Rechtswirkungen sich nach dem Inhalt dieser Willenserklärungen bestimmen." Demnach sind für die Verzichtshandlung entweder eine einseitige empfangsbedürftige bezw.

[1]) Vgl. aber Walsmann a. a. O. S. 147, wo die Fälle vom Verzicht ausgenommen werden, in denen das Gesetz vorgeschrieben hat, es solle dies oder jenes gelten, wenn die Parteien nichts Besonderes vereinbaren. Darunter fallen aber die §§ 151 und 1245 BGB. nicht.

[2]) Caspers „Erlaß und Verzicht nach dem BGB." lehnt bei § 151 die Annahme eines Verzichtes ab. Nach Eccius, Gruchots Beitr. 50, 1 ff. sind nur Rechte des Verzichts fähig. Er erklärt den Verzicht auf die Annahmeerklärung für einen Teil der rechtsgeschäftlichen Haupterklärung selbst. Zustimmend dagegen Walsmann, „Der Verzicht" S. 27 ff.

[3]) Vgl. Walsmann a. a. O. S. 17 ff.

[4]) Biermann, Bürgerliches Recht S. 137.

nicht empfangsbedürftige Willenserklärung oder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, also ein Vertrag, zu berücksichtigen, indem wir unter letzterem die auf einen einheitlichen Rechtserfolg gerichtete Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen, deren Erklärungen zwar inhaltlich verschieden sind, sich aber einander entsprechen müssen, verstehen.

Aus dem Gesetz ist auch nicht zu folgern, daß der Verzicht einer Form bedarf.[1]) Daß im Immobiliarsachenrecht noch oftmals die Eintragung zu der eigentlichen Verzichtserklärung hinzukommen muß, hat mit der Form nichts zu tun. Weil die Sachenrechte absolute Wirkung gegen jedermann haben, muß den Rechtsgenossen die Möglichkeit gegeben wirden, sich von jeder Änderung dieser Rechte in zuverlässiger Weise Kenntnis zu verschaffen. Zu diesem Zwecke ist für die Rechte an Grundstücken das Grundbuch eingerichtet. Die Eintragung dient also der Verlautbarung des Verzichtes und unterscheidet sich sehr wohl von der bloßen Form.[2]) Wie wir gesehen haben, ist dem Verzicht die Willenserklärung wesentlich. Der Wille wird aber nur beachtet, wenn er geäußert ist. Insofern bedarf jede Willenserklärung irgend einer Form, d. h. eines Äußerungsmittels. Von einem formbedürftigen Geschäft sprechen wir aber nur dann, wenn das Gesetz ein bestimmtes Erklärungsmittel vorgeschrieben hat, ohne dessen Gebrauch der Wille nicht beachtet wird, der Verzicht also unwirksam ist, andernfalls von formlosen Geschäften. Wenn auch im BGB. der Grundsatz der Formfreiheit nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so ist er doch mittelbar dadurch anerkannt, daß Formen als Ausnahmen besonders vorgeschrieben sind. Demnach dürfen wir davon ausgeben, daß der Verzicht keiner Form bedarf.[3]) Auch wenn der Verzicht schenkungshalber erfolgt, ist er als sofort vollzogene Schenkung formlos. (§ 518 BGB.)

Ist auch Raum für den stillschweigenden Verzicht? Da eine Form nicht verlangt und nichts weiter als eine Willenserklärung gefordert wird, eine stillschweigende Willenserklärung auch eine Willenserklärung ist, wird man ihn für zulässig erklären müssen. Inwieweit eine stillschweigende Erklärung für erheblich zu erachten ist, darüber herrscht in der Wissenschaft Streit. Jedenfalls ist eine solche Willensbetätigung zu verlangen, aus der auf den Verzichtswillen geschlossen werden kann. Man muß sich also hüten, alle Aufhebungswirkungen auf einen Verzicht zurückzuführen; denn es ist grundfalsch, aus der Gleichheit der Wirkungen auf gleiche Ursachen zu schließen. Ein Beispiel bietet uns § 976 Abs. 2 BGB., nach welchem der Finder

[1]) Cohn, Gruchots Beitr. 47, 2 S. 252.

[2]) Vgl. Walsmann, „Der Verzicht" S. 9ff.

[3]) So auch Walsmann a. a. O. S. 198 für den Verzicht auf Einreden.

das bereits erworbene Eigentum an der Fundsache wieder verliert, wenn er nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist die Herausgabe verlangt. Prüfen wir die Erklärung des Finders, so enthält sie nur eine Kundgabe des Willens, die Herausgabe der Fundsache von der Polizeibehörde nicht zu verlangen. Mehr kann auch die Polizeibehörde und die Mitwelt in der Erklärung des Finders nicht lesen. Von einem Verzicht auf das Eigentum kann aus diesem Grunde keine Rede sein. Das Eigentum geht nur deshalb unter, weil sich das Verhalten des Finders nicht mit dem Fortbestand des Rechts verträgt, zu ihm also in Widerspruch steht.[1])

Die Wirkung des Verzichts ist eine dingliche; durch den Verzicht wird das Recht schlechthin aufgehoben, ohne daß es auf einen anderen mit Willen des Verzichtenden übertragen wird;[2]) es erlischt also für den Berechtigten ipso iure; ist es aber einmal erloschen, so kann es auch nicht durch bloße Vereinbarung wieder aufleben, sondern muß neu begründet werden. Daß das Recht aber manchmal kraft Gesetzes auf einen Dritten übergeht, ist für den Verzichtsbegriff unerheblich.[3]) Denn dieser setzt nur voraus, daß der Wille des Berechtigten auf die Aufhebung des Rechts gerichtet ist und dieser Erfolg eintritt. Der Verzichtswille ist also inhaltlich stärker als der Veräußerungswille; letzterer will das Recht nicht unbedingt aufgeben, sondern nur für den Fall des Erwerbes durch einen Dritten und setzt stets dessen Mitwirkung voraus.

Fassen wir das bisherige Ergebnis unserer Untersuchung zusammen, so bedeutet der Verzicht begrifflich eine Willenserklärung oder Willensbetätigung, gerichtet auf die Aufgabe eines subjektiven Rechts oder einer zugunsten des Verzichtenden aufgestellten Verfahrensvorschrift, ohne gleichzeitige gewollte Übertragung dieses Rechts oder Vorteils auf einen anderen.[4]) Immer aber kann Gegenstand des Verzichts nur sein, was für den Verzichtenden einen Vorteil bedeutete, nicht auch Pflichten und Lasten, oder wenn das Recht die Kehrseite einer Pflicht ist. Aus diesem Grunde ist ein Verzicht auf Familienrechte in den meisten Fällen ausgeschlossen.[5]) Begriffswesentlich ist dem

[1]) Caspers a. a. O. S. 12 nimmt einen fingierten Verzicht an. Vgl. auch Walsmann a. a. O. S. 210 ff. Eccius a. a. O. S. 3 Anm. 2 faßt § 976 auch nicht als Verzicht auf. Für stillschweigenden Verzicht ist Levy, „Die Möglichkeit des einseitigen Verzichts im BGB." S. 38.

[2]) Unrichtig Caspers a. a. O. S. 6. Zustimmend Walsmann a. a. O. S. 44.

[3]) So auch Walsmann a. a. O. S. 279.

[4]) So im wesentlichen auch Cohn a. a. O. S. 251. Walsmann a. a. O. S. 41. Ferner ähnlich Bacher, Iherings Jahrbücher V 258; Regelsberger, Pandekten S. 451.

[5]) So auch Levy a. a. O. S. 13.

Verzicht demnach auch die Aufgabeerklärung des Berechtigten, wodurch er sich von der Ersitzung unterscheidet, da bei dieser sonst auch ein Recht erlischt, ohne daß es auf einen anderen übertragen wird. Durch die Aufgabeerklärung, wobei es für den Verzichtsbegriff gleichgültig ist, ob noch die Zustimmungserklärung des anderen Teiles hinzukommen muß, wird das Recht ipso iure aufgehoben, und bei Verzicht auf Verfahrensvorschriften der gesetzlich bestehende Zwang auf Befolgung dieser Vorschriften ipso iure beseitigt.[1]) Demnach ist der Verzicht insofern eine Verfügung,[2]) als durch ihn ein bestehendes Recht unmittelbar aufgehoben und dadurch eine Veränderung im Bestand der Rechte herbeigeführt wird. Das gilt auch für den Verzicht auf Verfahrensvorschriften.[3]) Da der Verzicht also den Verlust eines Rechts zur Folge hat, begründet er somit einen Einwand und keine Einrede im Sinne des BGB.[4]) Alle Verfügungen sind grundsätzlich abstrakt, so ist folgerichtig auch der Verzicht ein abstraktes Rechtsgeschäft,[5]) d. h. die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts hat nicht unmittelbar die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge. Aber ist der Verzicht notwendig abstrakt, wie etwa die Auflassung nach § 925 BGB., oder mit anderen Worten: Bietet der Verzicht als privatrechtliches Rechtsgeschäft auch Raum für Nebenbestimmungen: Bedingung, Auflage und Befristung?[6])

Von einer Bedingung sprechen wir dann, wenn einer Willenserklärung durch den Erklärenden ein weiteres Erfordernis beigefügt ist, demzufolge die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt dieses zukünftigen ungewissen Ereignisses an erst eintreten (aufschiebende=suspensive Bedingung) oder nur bis dahin von Bestand bleiben sollen (auflösende=resolutive Bedingung). Die Rechtsfolgen sind also bedingt und nicht das Rechtsgeschäft. Im Gegensatz dazu bezweckt die Auflage, den Empfänger einer unentgeltlichen Vermögenszuwendung zu einer Leistung zu verpflichten. Während bei der Bedingung ein Schwebe=

---

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 14 R. G. Kommentar Vorbem. 7 zu § 104.

[2]) So auch Caspers a. a. O. S. 40. Walsmann a. a. O. S. 215.

[3]) Zustimmend Walsmann a. a. O. S. 215.

[4]) Desgl. Caspers a. a. O. S. 40.

[5]) So Walsmann a. a. O. S. 215.

[6]) Was die Bezeichnung „Nebenbestimmung" angeht, so mag noch darauf hingewiesen werden, daß dieser Ausdruck insofern irreführen kann, als darunter nicht verstanden werden darf, daß es sich hier um etwas Nebensächliches handelt. Sie ist aber insofern angängig, als Bedingung, Befristung und Auflage nicht zu den einem Geschäft begrifflich wesentlichen Punkten gehören. Sind sie aber einmal durch den Parteiwillen zu Inhaltsbestandteilen des Rechtsgeschäfts geworden, so sind sie diesem Geschäft ebenso wesentlich wie die begrifflich notwendigen Elemente. Im BGB. wird der Ausdruck „Nebenbestimmungen" geflissentlich vermieden.

verhältnis entsteht, wird die Zuwendung bei der Auflage sofort wirksam. Der Bedachte wird aber durch die Annahme der Zuwendung zur Erfüllung der Auflage verpflichtet.

Die Zeitbestimmung ist die einer Willenserklärung beigefügte Beschränkung, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäfts erst mit einem gewiß eintretenden künftigen Ereignis beginnen oder nur bis dahin dauern sollen.

Bei der Prüfung der Frage, ob der Verzicht unter einer Bedingung erklärt werden kann, hat man von dem Grundsatz auszugehen, daß alle Rechtsgeschäfte eine Bedingung vertragen, es sei denn, daß das Gesetz die Bedingung im einzelnen Falle ausschließt. Das ist geschehen teils aus Gründen der Sittlichkeit (vgl. § 1317 Abs. 2), teils im öffentlichen und im allgemeinen Interesse (vgl. § 925 Abs. 2) und teils im Interesse des Geschäftsgegners (vgl. § 388 Satz 2). Nirgends hat aber das Gesetz angeordnet, daß ein Verzicht — soweit er überhaupt zulässig ist — nicht unter einer Bedingung erklärt werden kann. Die Bedingungsfeindlichkeit des Verzichtes könnte sich aber noch aus seiner Natur ergeben, sofern ein öffentliches und allgemeines Interesse an der sofortigen Schaffung einer klaren Rechtslage besteht. Das anzunehmen, dazu liegt kein ersichtlicher Grund vor. Der Allgemeinheit kann es gleichgültig bleiben, ob das Recht sofort oder erst nach dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses erlöschen soll. Demnach ist aufschiebend bedingter Verzicht für zulässig zu erachten,[1]) und zwar erfüllt die Bedingung eine doppelte Funktion. Die aufschiebende Bedingung des Verzichtes ist auflösende Bedingung des Rechtes. Der unter einer aufschiebenden Bedingung erklärte Verzicht läßt das Recht ipso iure mit Eintritt der Bedingung erlöschen. Nicht aber ist ein Verzicht unter einer auflösenden Bedingung, kraft der das Recht bei Bedingungseintritt an den Verzichtenden zurückfallen soll, möglich. Ein solcher Verzicht würde das Recht für den Fall des Eintritts der Bedingung nur für eine gewisse Zeit zum Erlöschen bringen und ist daher mit dem Wesen des Verzichtes nicht in Einklang zu bringen.[2])

Ein Verzicht unter einer Auflage ist aus dem Grunde nicht denkbar, weil unter Auflage eine Nebenbestimmung verstanden wird, die einer unentgeltlichen Vermögenszuwendung beigefügt ist, und den Empfänger durch die Annahme der Leistung zur Erfüllung der Auflage verpflichtet. Ein Verzicht bewirkt aber nicht eine unentgeltliche Ver-

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 215.

[2]) „ „ „ „ „ „ 226, freilich a. a. O. S. 233, wo er für den Erlaß einen anderen Standpunkt vertritt.

mögenszuwendung, sondern hat zur Folge, daß das Recht für den Verzichtenden untergeht.

Ein Verzicht unter einem dies a quo endlich ist sehr wohl möglich in dem Sinne, daß das Erlöschen des Rechts auf einen bestimmten Zeitpunkt verschoben wird. Nicht aber kann der Verzicht unter einem dies ad quem erklärt werden, weil die Wirkung des Verzichtes ist, daß das Recht ipso iure erlischt. Ein solcher Verzicht würde das Recht nur für einen bestimmten Zeitraum aufheben nnd daher mit dem Wesen des Verzichts in Widerspruch treten.[1])

Wie wir bereits festgestellt haben, hat der Verzicht zur Folge, daß das Recht ipso iure erlischt. Aus diesem Grunde ist die Annahme eines Verzichtes in den Fällen ausgeschlossen, in denen der Berechtigte sich nur obligatorisch verpflichtet hat, das Recht, welches an sich noch besteht, nicht auszuüben oder den Mangel der Nichtbefolgung gesetzlicher Vorschriften nicht geltend zu machen, entsprechend dem römischen pactum de non petendo.

Eine solche Vereinbarung wirkt nur unter den Parteien, so daß sich dritte Personen nicht darauf berufen können. Durch einen Verzicht erlischt die Einrede ipso iure, und das Erlöschen wirkt gegen jedermann und begründet einen Einwand. Bei der obligatorischen Vereinbarung bleibt das Recht bestehen, nur kann sich der Schuldner durch seine Geltendmachung schadensersatzpflichtig machen. Die Vereinbarung, ein Recht niemals geltend zu machen, hat eine bedeutend schwächere Wirkung als der Verzicht. Eine solche Unterscheidung ist in § 137 BGB. deutlich gemacht.[2]) Ein bedeutungsvoller Unterschied, den man sich am besten an einem Beispiel klar macht.

Ein solches bietet uns das Namensrecht[3]) des BGB., d. h. das Recht, den Namen zu gebrauchen und andere am unberechtigten Gebrauch zu hindern. Wenn nun dem Berechtigten gegenüber das Recht zum Gebrauch bestritten wird oder ein Dritter den gleichen Namen unbefugt gebraucht und dadurch das Interesse des Berechtigten verletzt, so kann letzterer auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu erwarten sind, auf Unterlassung klagen. Beide Ansprüche entspringen dem Namensrecht, das als solches ein absolutes Recht ist. Sie sind die Folgeerscheinungen bei Verletzung dieses absoluten Rechtes und diesem nicht gleichzusetzen. Man nennt sie auch Ausflußrechte, die aus dem Namensrechte, dem Quellrechte,

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 216.

[2]) „ „ „ „ „ „ „ 44.

[3]) Über die verschiedenen Auffassungen, zu welcher Kategorie von Rechten das Namensrecht zu rechnen ist, vergl. Walsmann a. a. O. S. 58 ff.

fließen und daher keine selbständige Stellung beanspruchen können, sondern von dem Hauptrechte abhängig sind, mit diesem entstehen und fallen. Sobald dieses erloschen ist, zerfallen auch die in ihm schlummernden oder bereits zur Existenz gelangten Ansprüche von selbst, also vor allem Unterlassungsansprüche, zu deren Geltendmachung eine Veranlassung erst vorliegt, wenn ein Dritter mit dem Machtkreis des Berechtigten in Berührung kommt. So oft sich nun jemand mit der Herrschaft des Berechtigten in Widerspruch setzt, so oft entsteht ein Anspruch, so daß unter Umständen aus dem Namensrecht unendlich viele Ansprüche derselben Art fließen können. Ein Verzicht auf einen solchen Anspruch ist nicht möglich, weil er nicht imstande ist, zu verhindern, daß im nächsten Moment ein neuer Anspruch in Tätigkeit treten kann. Zum Begriff des Verzichts gehört aber, daß das Recht, das Gegenstand des Verzichts ist, für den Berechtigten ipso iure erlischt, so daß er Ansprüche irgend welcher Art aus ihm nicht mehr herleiten kann. Ein Verzicht wäre nur in der Weise möglich, daß auf das Namensrecht als solches verzichtet wird. Allerdings sprechen in diesem Fall gegen einen Verzicht besonders öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte. Nun kann sich aber jemand rechtsgültig verpflichten, zu dulden, daß ein anderer seinen Namen benutzt. Aber ein Verzicht im Rechtssinne ist das nicht; denn er ist nur obligatorisch verbunden, die Ansprüche aus § 12 gegenüber dem Vertragskontrahenten nicht geltend zu machen. Sobald aber ein anderer das Namensrecht verletzt, ist er nicht gehindert, sein Recht gegen ihn auszuüben.[1])

Nicht anders liegt die Sache, wenn jemand duldet, daß ein anderer jahrelang seinen Namen unbefugt gebraucht. Ein Verzicht auf das Verbietungsrecht aus § 12 dem Gebrauchenden gegenüber ist nicht gegeben. Man könnte in dem langjährigen Dulden höchstens einen stillschweigenden Vertrag erblicken, der den Namensträger auch fernerhin obligatorisch verpflichtet, den unbefugten Gebrauch zu dulden.[2]) Dieses Verbietungsrecht ist nämlich auch nur der Ausfluß des absoluten Namenrechts, und ein Verzicht könnte nicht verhindern, daß unmittelbar ein neues Verbietungsrecht gegenüber einem anderen in Aktion tritt. Ein solcher Verzicht steht aber mit seinem Wesen in Widerspruch.

Schließlich wäre noch der Fall zu erwägen, daß dem Ausübenden gegenüber das Verbietungsrecht verloren geht. Den Verlust dieses

[1] Zustimmend Walsmann a. d. O. S. 91. RG. 74, 31, 2. Vgl. Enneccerus, Lehrb., 93, Anm. 1, wo auch von einem Verzicht gesprochen wird, in Wirklichkeit aber ein Verzicht nicht vorliegt.

[2]) Vergl. auch Levy a. a. O. „Verzicht ist nicht identisch mit der Nichtgeltendmachung eines Rechtes. Dies ist das rein tatsächliche Unterlassen, das natürlich im Belieben des Berechtigten steht."

Rechtes auf einen Verzicht zurückzuführen, geht schon um deswillen nicht an, weil der Verlust sich gegen den Willen des Berechtigten vollzieht, während dem Verzicht die Aufgabeerklärung wesentlich ist. Es muß also der Rechtsverlust auf dem Willen des Berechtigten beruhen.

Kurz mag noch die Frage über den antizipierten Verzicht berührt werden. Darunter versteht man einen Verzicht auf ein Recht, das noch nicht existiert. Weil mit dem Verzicht das Recht ipso iure erlischt, ist ein Verzicht auf ein noch nicht vorhandenes Recht unmöglich, da es nicht erlöschen kann. Sehr wohl angängig ist aber die antizipierte Verzichtserklärung, und zwar daß jemand auf ein ihm noch nicht zustehendes Recht in der Weise verzichtet, daß die Aufhebungswirkung bis zum Erwerbe des Rechts hinausgeschoben wird.[1])

§ 3.

Die Einrede.

Um das richtige Verständnis für den bürgerlich rechtlichen Begriff der Einrede zu gewinnen, erscheint es zweckmäßig, von dem etwas umfassenderen Begriff der prozessualen Einrede auszugehen. Von den spezifisch prozessualen Begriffen der Beweiseinrede und der prozeßhindernden Einrede kann hier abgesehen werden.

Wenn auch unsere ZPO. es unterlassen hat, eine Definition der Einrede zu geben, so ist man sich im allgemeinen heute doch darüber einig, daß unter Einrede im Sinne der ZPO. jedes tatsächliche Vorbringen des Beklagten zum Zwecke seiner Verteidigung, das sich nicht als Leugnung der Klagetatsachen, sog. Klagleugnung, darstellt, zu verstehen ist.[2]) Es handelt sich also hier zunächst darum, die Grenze zwischen dem Gebiete der Klagleugnung und demjenigen der Einrede im prozessualen Sinn näher zu bestimmen.

Um durchzudringen, muß der Kläger diejenigen Tatsachen behaupten und im Bestreitungsfalle beweisen, aus denen regelmäßig die Entstehung seines Rechts zu folgern ist. Oder mit anderen Worten, der Kläger muß den sog. Klaggrund, d. h. die Gesamtheit der rechtsbegründenden oder rechtserzeugenden Tatsachen darlegen.[3]) Alle anderen Tatsachen, die der Beklagte zwecks seiner Verteidigung behauptet und gegebenenfalls auch von ihm zu beweisen sind, machen den Begriff der Einrede im prozessualen Sinn aus. — Natürlich kann der Beklagte

[1]) Vgl. Friedenthal, Einwendung und Einrede in der ZPO. und BGB, § 19 S. 66. Walsmann a. a. O. S. 212 ff.

[2]) So im wesentlichen auch Hellwig, System des Deutschen Zivilprozesses 1. Teil § 157 S. 478.

[3]) Vgl. auch Enneccerus Lehrb. 1 S. 207 II. Oertmann, Vorbemerk. B 2 S. 194.

die Rechtsausführungen des Klägers bestreiten, doch kommt dies nicht weiter in Betracht. Denn „iura novit curia". — Diese Einredetatsachen beschränken sich nicht auf bloße Leugnung der „Klagetatsachen", sondern treten als neue Behauptungen auf, deren Wahrheit noch garnicht erwiesen ist, und machen geltend, daß das Klagbegehren trotz Richtigkeit der Klagbehauptungen ungerechtfertigt ist. Das BGB. braucht zur Bezeichung dieser Tatsachen den Ausdruck „Einwendung",[1]) so daß sich also die „Einwendungen des Privatrechts" mit den „Einreden im prozessualen Sinn" ihrem Umfange nach decken. Nur handelt es sich im BGB. um wirklich bestehende Tatbestände, nicht um bloß behauptete wie in der ZPO. Sie sind entweder rechtsverneinende Einwendungen, d. h. Tatsachen behufs Entkräftung der Klagetatsachen, woraus das Nichtbestehen des klägerischen Rechts hervorgeht, oder rechtshemmende Einwendungen. Erstere zerfallen wieder in rechtshindernde Einwendungen, welche geltend machen, daß der Anspruch nie ins Leben getreten ist, z. B. der Beklagte wendet ein, er sei bei Empfang des Darlehns geschäftsunfähig gewesen, und in rechtsvernichtende oder rechtsaufhebende Tatsachen, die einwenden, daß der Anspruch zwar einmal entstanden, daß aber das klägerische Recht später wieder erloschen ist, z. B. Zahlung, Erlaß, datio in solutum, Aufrechnung, Hinterlegung. Die rechtshemmenden Tatsachen endlich hindern weder die Entstehung noch den Fortbestand des gegnerischen Rechts. Dem Beklagten erwächst aus ihnen lediglich ein Gegenrecht, nämlich die Leistung, obgleich sie geschuldet wird, dennoch zu verweigern.[2]) Das Vorbringen von Tatsachen der letzteren Art durch den Beklagten fällt bereits in den Bereich der Einrede im Sinne des BGB., die zwar unter den weiteren Begriff der Einwendung fällt, aber dennoch streng von ihr zu scheiden ist, wie der Sprachgebrauch des BGB. ergibt.

Der grundlegende Unterschied liegt darin, daß der Richter die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen berücksichtigt, wenn sie auch nicht gerade vom Beklagten vorgebracht werden. Daß auch sie überhaupt vor Gericht in Erscheinung treten müssen, ist eine Folge der Verhandlungsmaxime, nach welcher der Richter nur das ihm vorgelegte tatsächliche Material berücksichtigen darf. Anders wenn es sich um rechtshemmende Tatsachen, also um Einreden des BGB. handelt. Der Richter darf sie nicht von Amtswegen, sondern nur dann

---

[1]) Crome, System I S. 182. Staudinger, 194, Ziff. 8. Planck 194, Ziff. 6. Enneccerus, Lehrbuch I, 207 II.

[2]) Crome, System I, S. 183. Enneccerus, Lehrb. I § 207 II Oertmann Vorbemerk. B 1 vor § 194.

berücksichtigen und sie mit zur Grundlage seiner Entscheidung machen, wenn sie von demjenigen, welchem sie zustehen, vorgeschützt werden.[1]) Andernfalls gilt die Einrede, auch wenn ihr Vorhandensein sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, als nicht vorhanden. Das trifft namentlich auch für die Verjährungseinrede zu. Wille des Gesetzes ist es, der Partei zu überlassen, ob sie von ihrem Einrederecht Gebrauch machen will. Deshalb ist die Ansicht Hölders,[2]) der für unbedingte Beachtlichkeit der Verjährungseinrede eintritt, abzulehnen. Hölder verkennt den Willen des Gesetzes, dem Berechtigten den Gebrauch der Einrede nicht aufzudrängen. Ferner üben die rechtsbindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen auf das durch sie betroffene Recht eine zerstörende Wirkung aus. Die Folge ist, daß dieses Recht nie wieder von selbst ins Leben treten kann, selbst wenn die Beteiligten es wollen. Anders liegt die Sache, wenn einem Anspruch eine bürgerlich-rechtliche Einrede entgegensteht.

Diese Begriffsbestimmung[3]) der Einrede im materiell-rechtlichen Sinne ist im BGB. trotz des schon lange Zeit vor dem Erscheinen unseres Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Streites nirgends zu entdecken. Daher hat sich die Theorie und Praxis bemüht, den Begriff zu erläutern und abzugrenzen, was allerdings zu zahlreichen Definitionen geführt hat. Hinzu kommt noch, daß die Wortfassung des BGB. nicht entscheidend ist für die Annahme einer Einrede. Das Gesetz sagt manchmal „darf verweigern", ohne zweifellos damit eine Einrede zu verbinden.

Im allgemeinen wird die Einrede im Sinne des BGB. als das Recht definiert, die Erfüllung eines bestehenden Anspruchs zu verweigern[4]) (§§ 202, 222, 273 u. a.). Diese Definition deckt sich in der Tat mit dem von uns aus der prozessualen Einrede gewonnenen Begriff. Aus diesem geht hervor, daß die Einrede einen bestehenden Anspruch — ein Recht auf Leistung oder Unterlassen — voraussetzt, gegen dessen Geltendmachung sie sich wendet, und daß sie ein Gegen-

[1]) Crome, System I S. 183; v. Tuhr, Allg. Teil S. 292. Enneccerus Lehrb. I § 207.

[2]) Hölder, Arch. f. ziv. Praxis 93, 111. Gegen Holder auch Staudinger § 222 Ziff. 4.

[3]) Nach Hölder, Arch. f. ziv. Pr. 93, 68 ff., gibt es einen besonderen Begriff der Einrede im BGB. nicht.

[4]) Andere Definitionen, die im Prinzip das Gleiche besagen, z. B. Windscheid, Pandekten I § 17: „Der Verpflichtete kann den Anspruch abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen." Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 8: „Einrede ist das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern." S. a. Engelmann, Das Bürgerliche Recht, 1. Aufl. S. 115. Crome, System S. 183. Enneccerus Lehrbuch I. 207. Staudinger, 194 Ziff. 8. Planck, 194 Ziff. 6. RG.-Kommentar, 194 Ziff. 3.

recht[1]) oder negatives Recht[2]) ist. Daß ein gegnerischer Anspruch vorhanden sein muß, erhellt schon die Tatsache, daß man eine Leistung nur dann verweigern kann, wenn jemand einen Anspruch, der an sich zu Recht besteht, auf Vollziehung der Leistung hat. Dies gilt auch für dringliche Rechte, da die Einrede sich nicht gegen das Recht selbst wendet, sondern gegen den aus ihm entspringenden Anspruch.[3]) Die Einrede stellt das Gegenstück zum Anspruch dar. Während dieser das Recht angriffsweise geltend macht, beschränkt jene sich in der Regel auf eine Verteidigung gegenüber dem Anspruch des Gegners. Sie verfolgt den Zweck, das Begehren einer Leistung zurückzuweisen. Sie ist also selbst kein Anspruch, kann aber auf einem solchen beruhen.

Der Einredeberechtigte „muß" nun die Leistung nicht verweigern, sondern „kann" sie verweigern; d. h. die Ausübung des Gegenrechtes ist in das freie Belieben des Verpflichteten gestellt und verleiht dem Berechtigten die Rechtsmacht, die Geltendmachung des Anspruchs auszuschließen. Daraus folgt, daß das Einrederecht zu den sogenannten Kann- oder Gestaltungsrechten[4]) gehört, unter denen wir diejenigen Rechte verstehen, welche dem Berechtigten die Möglichkeit verleihen, durch eine Willenserklärung oder Handlung auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken. Wie bereits erwähnt, gibt das Einrederecht die Macht, durch Vorschützen der Einrede die gerichtliche Durchführung des Anspruches zu hindern, den Angriff zurückzuschlagen. Es sind aber Ausnahmen zu beobachten, z. B. für die Einrede des Zurückbehaltungsrechts und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Beide schließen die wirksame Geltendmachung des Anspruches, dem sie entgegenstehen, nicht aus, wehren also den Angriff nicht ab, erzielen nicht Abweisung der Klage, sondern haben nur die Verurteilung des Schuldners zur Leistung gegen Gegenleistung, zur Erfüllung Zug um Zug zur Folge (§ 274 Abs. 1, § 322 Abs 1).

Bestritten ist, ob auch die Anfechtungs- und Aufrechnungsrechte zu den Einreden zu zählen sind. Bucerius[5]) nimmt an, daß im An-

---

[1]) Endemann, Lehrbuch I S. 514.

[2]) So Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, S. 89.

[3]) So auch Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 48. Friedenthal, Einwendung und Einrede S. 10, nennt die Einreden auch noch „Abwehrrechte".

[4]) So auch Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 9. Langheineken, Anspr. und Einrede, S. 43, und die meisten Schriftsteller. A. M. Zeckel, Gestaltungsrechte, S. 216, und Oertmann, Allg. Teil 2. Aufl. S. 588. — Unberechtigt ist es, den Einrederechten den Charakter von subjektiven Rechten abzusprechen, so Langheineken, Anspr. u. Einr. S. 43, Ruhemann, Der Begriff der materiellen Einrede, S. 34.

[5]) Erörterungen der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung nach röm. und gemeinem Recht, nach der dtsch. ZPO. und nach dem BGB. Hölder versucht die Einrede zu einem Anfechtungsrecht zu stempeln, vergl. Arch. f. ziv. Praxis 93, 126 ff.

fechtungs- und Aufrechnungsrecht eine Einrede steckt und sieht die Einrede als den weiteren Begriff an. Er kommt zu diesem Ergebnis, indem er den Begriff der Einrede falsch faßt. Nach ihm ist Einrede „der Dispositivakt des Beklagten, mit dem er kraft der Erlaubnis des positiven Rechtes eine bestimmte Tatsache mit einem an sich vollkommenen Tatbestande mit auflösender Wirkung in Verbindung setzt".[1] Mit anderen Worten: die Einrede vernichtet den Anspruch. Wie später dargetan wird, läßt die Geltendmachung der Einrede den Anspruch unberührt, während allerdings die Ausübung der Anfechtungs- und Aufrechnungsrechte den Anspruch zweifellos vernichten.[2] Die Geltendmachung der Anfechtung und Aufrechnung stellt sich somit als eine rechtsaufhebende Tatsache dar, im Sinne des Prozeßrechts also als Einrede, im Sinne des materiellen Rechts als Einwendung. Mit den Einreden haben sie das gemeinsam, daß sie sowohl außerhalb wie innerhalb des Prozesses ausgeübt werden können. Andererseits sind aber wieder erhebliche Unterschiede zu konstatieren. Die Einrede setzt Geltendmachung des Anspruchs voraus, nicht das Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht,[3] die zu jeder Zeit ausgeübt werden können, sofern nur ihre übrigen Voraussetzungen gegeben sind. Dagegen haben wir in der Befugnis des Bürgen, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange der Hauptschuldner imstande ist, anzufechten oder aufzurechnen, eine wahre dilatorische Einrede der Anfechtbarkeit bezw. Aufrechenbarkeit vor uns, wie der Wortlaut des § 770 BGB. ergibt. Der Grund ist auch offensichtlich: Dem Bürgen soll daraus kein Nachteil erwachsen, daß der Hauptschuldner das ihm zustehende Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht nicht ausübt — vielleicht aus Schikane gegen ihn. Daher gesteht das Gesetz ihm zwar in solchen Fällen nicht das Recht zu, selbst anfechten und aufrechnen zu können, sondern schützt ihn in Form einer Einrede, und zwar wehrt sich der Bürge auf Grund des fremden Anfechtungs- und Aufrechnungsrechtes.[4]

---

[1]) Bucerius a. a. O. S. 119.

[2]) A. M. Fels, Der Einredebegriff nach dem BGB. und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff, S. 104. Für Ablehnung als Einreden Staudinger, § 194 Ziff. 8, RG.-Komm., § 202 Ziff. 2. Suppes a. a. O. S. 47 ff. Ruhemann, Der Begriff der materiellen Einrede, S. 65. v. Tuhr a. a. O. S. 292. Fels a. a. O. S. 103. und auch Crome a. a. O. S. 183. Endemann, S. 513, Anm. 21.

[3]) So auch Suppes, Einredebegriff des BGB. S. 41.

[4]) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 193: „Dritte Personen, die, ohne anfechtungsberechtigt zu sein, aus der Verpflichtung des Anfechtungsberechtigten haften, haben die Einrede des § 770. Götte, Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im BGB. in Kohlers Arch. f. bürgerl. Rechtspr. 17, und Wach, Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung in der Zeitschr. f. dtsch. Civ.-Proz. von Schultzenstein u. Vierhaus, Bd. 27, Über die verschiedenen Theorien, welche für die Zubilligung der Einreden des Hauptschuldners an den Bürgen aufgestellt sind. Vgl. Schumacher S. 17 ff.

Wie der Anspruch gerichtlich und außergerichtlich geltend gemacht werden kann, so kann auch die Einrede sowohl innerhalb wie auch außerhalb des Prozesses durch eine einfache rechtsgeschäftliche Willenserklärung ausgeübt werden. Weil das Gesetz selber keine Bestimmung über die Form der Geltendmachung trifft, ist das in der Literatur sehr bestritten. Endemann[1]) sagt: „Die Einrede kann ausschließlich im Prozeß zur Anwendung kommen." Hellwig[2]) vertritt die entgegengesetzte Meinung, wenn er ausführt: „Das Gesetz enthält keine Vorschrift, welche die außergerichtliche Leistungsverweigerung weniger wirksam erscheinen ließ als die gerichtliche." Derselben Ansicht ist auch Crome[3]): „So wenig der Anspruch das Dasein eines Prozesses voraussetzt, so wenig tut es die Einrede. Beide haben wesentlich potentielle Bedeutung. Ist der Anspruch die Befugnis, aus gewissen Gründen eine Leistung fordern zu dürfen, so ist die Einrede die Befugnis, die geforderte Leistung aus bestimmten anderen Gründen zu verweigern. Dies wirkt innerhalb wie außerhalb des Prozesses, es ist eine materiell-rechtliche Befugnis." Die Meinung Cromes und Hellwigs[4]) trifft in der Tat das richtige. Die Geltendmachung der Einrede außerhalb des Prozesses ist nicht nur eine psychologische, wie Friedenthal[5]) meint. Zwar bildet die Ausübung der Einrede im Prozeß die Regel; aber das ist nur die Folge des Grundgedankens, daß der Schutz der Rechte gegen Verletzung und Verletzungsgefahr im allgemeinen eine Aufgabe des Staates ist. Der Berechtigte muß im Regelfalle, wenn der Verpflichtete sich weigert, die ihm obliegende Leistung zu vollbringen, das Gericht anrufen. Das Gesetz kennt aber auch Fälle, in denen jemand zur Selbsthilfe berechtigt ist.[6]) Soll da

---

[1]) a. a. O. S. 515. Dergl. Meinung Friedenthal a. a. O. S. 66. Flegel, Der Begriff der Einrede im BGB. S. 13. Wendt, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 103 S. 424. Fels a. a. O. S. 82 ff. Motive I S. 360. Andreae, Der praktische Begriff der materiellen Einrede im heutigen Recht, S. 21, und die herrschende Meinung. Im Prinzip auch Groeben, Der Einredebegriff nach dem BGB. S. 24.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 104 ff.

[3]) a. a. O. S. 184. Vgl. auch Hölder, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 93, 90.

[4]) So auch v. Tuhr a. a. O. S. 297. Langheineken a. a. O. S. 342. Oertmann. Allg. Teil des BGB. S. 588. Geier, Der Begriff der Einrede nach dem BGB. S. 29 ff. Gräffner, Die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede, S. 4 ff. So auch das Reichsgericht. S. das BGB. in der Rechtsprechung des RG. Bd. 2 zu § 986 BGB. Z. 1. Staudinger, § 222 Ziff. 4. Enneccerus Lehrb. I § 208, 3. Planck, § 194 Ziff. 6. Oertmann, Vorbemer. B. 2 zu § 194.

[5]) Friedenthal a. a. O. S. 66.

[6]) Übrigens ist die gerichtliche Durchsetzung dem Anspruch nicht wesentlich; es gibt auch klaglose Ansprüche, bei denen das Selbstbefriedigungsrecht gegeben ist, z. B. die Ansprüche, welche der Frau gemäß § 1391 BGB. gegen den Mann auf Grund seiner Verwaltung und Nutznießung zustehen. Vgl. auch Reichel, unklagbare Ansprüche in Iherings Jahrb. 59, 433.

der Verpflichtete, dem eine Einrede zur Seite steht, diese nicht wirksam geltend machen können? Hätte die Geltendmachung der Einrede außerhalb des Prozesses keine Bedeutung, so wäre der Verpflichtete, obwohl er nicht zu leisten brauchte, wenn der Anspruch im Prozeßwege durchgeführt worden wäre, dem Gegner trotz seines Gegenrechtes schutzlos preisgegeben. Der Einredeberechtigte wäre dann dem Zufall ausgesetzt, daß der Anspruch nicht im Wege der Selbsthilfe verfolgt werden kann. Um eine solche offenbare Ungerechtigkeit zu vermeiden, kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Einrede auch außerhalb des Prozesses wie im Prozesse mit gleicher Wirkung ausgeübt werden kann. Suppes[1]) erklärt Selbsthilfeakte schon da für unzulässig, wo dem Anspruch eine dauernde Einrede objektiv entgegensteht. Wir können ihm insofern nicht beistimmen, als eine Einrede, um zu wirken, sei es nun innerhalb oder außerhalb des Prozesses, die Geltendmachung voraussetzt.

Wenn das Gesetz bestimmt hat, daß die Einrede, um berücksichtigt zu werden, vom Beklagten ausgeübt werden müsse, so hat es durch diese Regelung dem Umstande Rechnung tragen wollen, daß es dem Berechtigten freigestellt sein müsse, ob er sich des nicht immer einwandfreien Gegenrechtes, z. B. Einrede der Verjährung, bedienen wolle. Nirgends hat aber das Gesetz erwähnt, daß die Einrede wirksam nur im Prozeß ausgeübt werden könne.

Welche Folge hat nun die Ausübung einer Einrede, sei es innerhalb oder außerhalb des Prozesses? Das Gesetz hat auch nach dieser Richtung hin keine Bestimmungen getroffen, was verständlich ist, da — wie bereits erwähnt — der Gesetzgeber keine Begriffsbestimmung der Einrede gegeben hat. Wir haben festgestellt, daß unter Einreden Leistungsverweigerungsrechte verstanden werden. Doch ist aus dieser Terminologie für unsere Frage nichts zu entnehmen. Und so müssen wir auch auf diesem Gebiete die Feststellung treffen, daß die Meinungen nicht einheitlich sind. Auch heute noch wird von hervorragenden Juristen die Ansicht vertreten, daß eine dauernde Einrede den Anspruch zum Erlöschen bringt, sei es sogar auf Grund außerprozessualer Geltendmachung. Diese Meinung verficht Hellwig[2]) mit aller Schärfe: „Eine solche Schattenexistenz eines Anspruchs ist praktisch wertlos und theoretisch nur geeignet, ganz unnötige und unlösbare Schwierigkeiten zu bereiten." Darin ist Hellwig beizutreten.

[1]) a. a. O. S. 26.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 10 ff. In Iherings Jahrbüchern 51, 325 nimmt Hölder nur noch bei gerichtlicher Geltendmachung der Einrede Erlöschen des Anspruchs an, ebenso Siber in Iherings Jahrbüchern 50, 70, Anm. 1, unter Aufgabe seiner im Rechtszwang vertretenen Ansicht.

Aber er übersieht, soweit man die Möglichkeit eines Verzichtes anerkennt, daß der Berechtigte auf die Einrede verzichten kann mit der Wirkung, daß sie ipso iure erlischt.[1]) Nähme man ein Erlöschen des Anspruchs an, so wäre ein Verzicht auf die Einrede nach deren Ausübung ausgeschlossen, weil sie notwendig mit dem Anspruch ihre Existenz verlieren muß, da sie in einem Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einem konkreten bestimmten Anspruch besteht. Ist dieser erloschen, ist auch der Zweck der Einrede erschöpft. Nach dieser Ansicht müßte der Anspruch nach der Ausübung der Einrede wieder neu begründet werden, wenn er wirksam geltend gemacht werden soll. Ferner müßte der Gläubiger, der einmal mit seiner Klage auf Grund einer peremptorischen Einrede abgewiesen ist, bei erneuter Klage behaupten und beweisen, daß der Anspruch wieder neu begründet ist.[2]) Hellwig[3]) hat denn auch später die Unrichtigkeit seiner Meinung erkannt und in seinem System I die Ansicht vertreten, daß die Ausübung einer peremptorischen Einrede den Anspruch nicht zum Erlöschen bringt, sondern nur die Wirksamkeit des Anspruchs hemmt.

Damit ist Hellwig einer anderen weit verbreiteten Auffassung[4]) beigetreten, daß zwar die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes den Anspruch nicht vernichtet, wohl aber den Anspruch hemmt. Diese Lehre läßt aber die nötige Klarheit vermissen, was sie unter „Hemmung" des Anspruchs verstanden wissen will. Soviel läßt sich aber entnehmen, daß nach ihrer Ansicht der Anspruch nicht untergegangen, sondern noch fortbesteht, nur in seiner Kraft geschwächt, in seiner Wirksamkeit beeinflußt ist. Der Anspruch kann, solange die Einrede besteht, nicht zwangsweise durchgesetzt werden.

Danach läßt die Geltendmachung der Einrede die Existenz des Anspruchs an sich unberührt, muß aber dessen Inhalt treffen, wenn der Anspruch geschwächt werden soll, so daß bei einem erneuten Angriff der Anspruch nicht mehr voll angriffsfähig ist. Das muß aber schließlich dazu führen, daß bei oftmaligen Angriffen der Anspruch doch vernichtet wird.[5])

---

[1]) Nach Staudinger wird durch den Verzicht auf die Verjährungseinrede nur eine Replik für den Kläger begründet. § 222 Ziff. 4.

[2]) Die Gegner glauben eine Stütze im Gesetz zu finden, vgl. §§ 886, 1169, 1254. Dafür vgl. die trefflichen Gegenausführungen von Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht in der Festgabe der Jurist. Gesellsch. Berlin f. Koch, S. 135 ff.

[3]) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Teil I, § 102, S. 260.

[4]) Planck, Vorbem. 6 vor § 194. Enneccerus, Lehrb. I, § 207 I, 4. Oertmann, Vorbem. B. 2 vor § 194. Staudinger, § 194 Ziff. 8. Fels a. a. O. S. 73. Groeben a. a. O. S. 27. Suppes a. a. O. S. 67.

[5]) Keineswegs beizutreten ist der Lehre Hölders (Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 93, 80–85), wonach jede begründete Einrede die Existenz des Anspruchs, gegen den sie Platz greift, ausschließt.

Machen wir uns dies an einem einfachen Beispiel klar: Eine Kompagnie Soldaten geht zum Angriff vor. Dann kann der Angriff entweder so zurückgeschlagen werden, daß die Kompagnie aufgerieben und damit ein neuer Angriff ausgeschlossen wird. Auf diesen Standpunkt stellt sich die Ansicht, welche ein Erlöschen des Anspruchs annimmt. Oder der Angriff wird so abgewiesen, daß nur ein Teil der Soldaten vernichtet wird; dann ist der übrig gebliebene Teil noch zum Angriff, wenn auch mit verminderter Kraft, fähig. Schließlich kann die Abwehr des Angriffs so erfolgen, daß die Kompagnie zurückgeschlagen wird, ohne daß auch nur ein Mann verloren geht. Letzteres führt uns auf den Weg, die Wirkung der Geltendmachung einer Einrede richtig zu erkennen. Wenn jemand einen Anspruch geltend macht, sei es nun gerichtlich oder außergerichtlich, und der Gegner eine begründete Einrede vorschützt, so ist die Folge weder die Vernichtung noch eine Schwächung des Anspruchs, sondern lediglich eine Zurückweisung des Angriffs des Gegners, ohne daß Inhalt und die Existenz des Anspruchs berührt werden. Die Einreden beschränken sich also lediglich auf eine Verteidigung, den Angriff des Gegners abzuwehren. Das gilt auch von den unselbständigen Einreden, soweit sie sich darauf beschränken, verteidigungsweise den Angriff des Gegners zurückzuschlagen. Darin erschöpft sich allein die Bedeutung der Geltendmachung der Einrede als das Recht des Verpflichteten, die Erfüllung des Anspruchs zu verweigern. Der Anspruch hat, trotzdem er abgewiesen ist, seinen normalen Bestand wie vor dem Angriff behalten und ist jederzeit mit ungeschwächter Kraft wieder angriffsfähig, so daß er immer wieder von neuem abgewehrt werden muß durch Geltendmachung der Einrede, sei es gerichtlich oder außergerichtlich.[1]) Ist aber der Gläubiger einmal mit seiner Klage auf Grund einer peremptorischen Einrede abgewiesen, so würde er bei erneutem Vorgehen mit diesem Anspruch im Wege der Klage abgewiesen werden, weil im früheren Prozeß rechtskräftig festgestellt ist, daß er vom Gegner nichts zu fordern hat. Will er diese erneute Abweisung vermeiden, so muß er behaupten und event. beweisen, daß die Einrede weggefallen ist, z. B. durch Verzicht. Es tritt also dann im Erfolg eine Umkehrung der Beweislast ein. Dies ist notwendig und genügend, um zu verhüten, daß der Schuldner gezwungen ist, in einem späteren Prozeß die Einrede von neuem vorzubringen.[2]) Daraus folgt auch, daß die Einrede durch bloße Ausübung nicht erlöschen kann.[3])

[1]) A. M. Planck, § 194, 6. Staudinger, § 222, 2.

[2]) A. M. Gräffner a. a. O. S. 38.

[3]) Zustimmend Flegel a. a. O. S. 67. A. M. Geier a. a. O. S. 44.

Diese Ansicht der Wirkung der Geltendmachung einer Einrede führt notwendig dazu, daß gegen den Beklagten trotzdem Versäumnisurteil auf Antrag ergehen muß, wenn sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, daß der Berechtigte ihm bei außergerichtlicher Geltendmachung zu erkennen gegeben hat, daß er von der Einrede Gebrauch mache.[1]) Natürlich muß der Richter erst recht gegen den ausgebliebenen Beklagten auf Antrag Versäumnisurteil erlassen, wenn der Vortrag des Klägers nur erkennen läßt, daß zwar dem Anspruch eine Einrede entgegensteht, daß sich der Beklagte aber nicht auf sie berufen hat.[2]) Ist freilich der Kläger infolge gerichtlicher Geltendmachung der Einrede mit seinem Anspruch abgewiesen, so würde er bei erneuter Klage auch bei Versäumnis des Gegners wieder abgewiesen werden, aber nicht wegen der früheren Geltendmachung der Einrede, sondern wegen der von Amtswegen zu berücksichtigenden Rechtskraft des früheren Urteils.

Je nachdem man nun eine Leistung vorübergehend oder dauernd verweigern kann, werden die Einreden eingeteilt in dilatorische, auch aufschiebende oder vorübergehende genannt, und in peremptorische, auch ausschließende[3]), dauernde, standhafte genannt, eingeteilt.[4]) Unter letzteren nimmt die Einrede der Verjährung eine Sonderstellung ein. Enneccerus bezeichnet die dilatorischen auch als „hemmende", die peremptorischen auch als „zerstörliche" Einreden. Zutreffend bemerkt aber Langheineken[5]), daß letztere Bezeichnung besser vermieden wird, da auch Enneccerus auf dem Standpunkt steht, daß die peremptorische Einrede ebenfalls nur den Anspruch hemmt, nicht zerstört. Die Bezeichnung „zerstörliche" Einrede kann leicht den Anschein erwecken, als ob durch eine dauernde Einrede der Anspruch vernichtet wird — sie paßte früher für Hellwig —, während tatsächlich doch der Anspruch fortbesteht, nur daß sie dem Anspruch dann allen praktischen Wert nimmt, wenn der Berechtigte sich auf die Einrede beruft. Das BGB., das die Bezeichnungen „peremptorisch" und „dilatorisch" nicht aufgenommen hat, versteht unter peremptorischen Einreden solche, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird (§ 813), und unter dilatorischen solche, auf Grund deren der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (§ 202). Ob eine Einrede den dilatorischen oder peremptorischen

[1]) So auch Oertmann, Vorbemerk. B. 2 vor § 194. A. M. Planck, § 194, 6, und grundsätzlich Staudinger, § 222, 2. Geier a. a. O. S. 46.

[2]) Vgl. auch Enneccerus, Lehrb. I § 207 III. Hölder, Über Ansprüche und Einreden im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 93, 79.

[3]) So Enneccerus, Bürgerl. Recht, § 208 ff., 582.

[4]) Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 273.

[5]) So auch Staudinger, § 202 Ziff. 4. Planck, § 194 Ziff. 6.

zuzurechnen ist, ist im Gesetz nicht besonders ausgesprochen und daher dahin zu entscheiden, ob nach dem Entstehungsgrunde des Einrederechts der Wegfall derselben nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten ist, oder ob die Beseitigung des Rechts in der Macht des Gläubigers liegt. Ist dies der Fall, so ist die betreffende Einrede zu den dilatorischen zu zählen.

Eine andere Einteilung — eine Einteilung, die für die Beantwortung der Frage der Verzichtbarkeit der Einreden von größter Bedeutung ist — ist die in selbständige und unselbständige Einreden. Von letzteren spricht man, wenn die Einrede auf einem dinglichen oder obligatorischen Recht bezw. auf aus diesem Recht entspringenden Anspruch beruht.[1]) Im anderen Fall handelt es sich um selbständige Einreden, die nur ausschließlich einen fremden Anspruch lähmen.

Die Gründe für das Entstehen und Erlöschen der Einreden sind sehr mannigfaltig. Entstehen können sie aus Befugnissen, aus subjektiven Rechten und aus sonstigen selbständigen Rechtsverhältnissen.

Ein Erlöschen der Einrede tritt auf jeden Fall durch Untergang des Anspruches, dem die Einrede anhaftet, ein, ferner durch Wegfallen oder Rückgängigmachung des Entstehungsgrundes. Die dilatorischen Einreden erlöschen insbesondere durch Zeitablauf, sei es, daß der Anspruch wegfällt durch Befriedigung, Erlaß, sei es aus irgend einem anderen anspruchsvernichtenden Grunde, nicht aber endigt eine Einrede durch Geltendmachung. Inwieweit eine Einrede durch Verzicht des Einredeberechtigten wegfallen kann, wird die spätere Untersuchung zeigen.

§ 4.

Der Verzicht auf Einreden (Allgemeines).

Die erste Frage, die bei der Lehre vom Verzicht auf Einreden zu beantworten ist, ist die: „Kann man auf alle Einreden, sei es nun vertraglich oder durch einseitige Erklärung verzichten?" Denn zur Aufgabe einer Einrede, deren Beseitigung nicht einmal durch Vertrag möglich ist, wird die einseitige Erklärung erst recht nicht genügen. Die aufgeworfene Frage hat wohl ihre Berechtigung aus dem Gesichtspunkte heraus, daß die Parteien keineswegs in der Lage sind, *jede* Einrede zum mindesten durch Vertrag zu beseitigen. Einmal begegnen uns im Gesetz Einreden, die Vorschriften entspringen, denen zwingender Charakter beizulegen ist. Würde man einen Verzicht, wenn auch in Form eines Vertrages zulassen, so würde ein solcher Verzicht vielfach den öffentlichen Interessen zuwiderlaufen. Dieser Verzichtsvertrag würde auch dem Einredeberechtigten oft Gefahren und Ausbeutungen

[1]) So auch v. Tuhr a. a. O. S. 299.

aussetzen, so daß dessen staatliche Sanktionierung gegen die guten Sitten verstieß; andererseits erheischen aber auch — wie später noch dargetan wird — in der Natur der Einrede liegende Gründe einen Ausschluß des Verzichts verschiedener Gruppen von Einreden.

Bei Beantwortung dieser ersten Frage sind wir im Gegensatz zu den beiden vorhergehenden Abschnitten insofern in einer etwas glücklicheren Lage, als das Gesetz in einigen Bestimmungen die Verzichtbarkeit der Einreden im allgemeinen ausdrücklich anerkennt oder doch wenigstens voraussetzt. Bei dieser Sachlage empfiehlt es sich daher, für die dogmatische Untersuchung nicht von historischen Grundlagen auszugehen, sondern die Möglichkeit eines Verzichtes unmittelbar aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch abzuleiten und zwar auch insofern, als das Gesetz erwarten muß, in erster Linie aus sich selbst verstanden zu werden. Für die Verzichtbarkeit der Einrede scheint auf den ersten Blick zu sprechen, daß der Schuldner im Prozeß praktisch das gleiche Ziel wie durch einen Verzicht erreichen kann, indem er sich einfach auf die Einrede nicht beruft; es also unsinnig wäre, wollte man auf der einen Seite die Unverzichtbarkeit der Einreden festlegen, auf der anderen Seite aber dem Berechtigten Gelegenheit geben, auf Umwegen das Gesetz zu umgehen. Richtig ist nun, daß der Schuldner durch Verschweigen im Prozeß das gleiche Resultat wie durch einen Verzicht herbeiführen kann; aber die Gleichheit gewisser Rechtsfolgen läßt noch keinen Schluß darauf zu, daß diese auch auf gleichen Ursachen beruhen müssen. Wenn in einem Prozeß ein bestimmter Anspruch rechtskräftig festgestellt ist, so besagt dies nicht nur, daß er jetzt besteht, sondern auch, daß er voll wirksam und unbeschränkt ist. Das bejahte Recht, die Leistung zu verlangen, ist unvereinbar mit dem Rechte, sie zu verweigern. Einrederechte, die nicht vorgebracht sind, werden deshalb durch das Urteil präkludiert; doch gilt dies nicht ausnahmslos, z. B. kann der Fiskus auf Grund des § 780 Abs. 2 ZPO. die Einrede der beschränkten Erbenhaftung noch in der Exekutionsinstanz vorbringen, auch wenn sie ihm im Urteil nicht vorbehalten ist. Der Grund der Präklusion ist der, daß es gegen die Rechtskraft verstoßen würde, wenn der Beklagte die vor der letzten Tatsachenverhandlung bereits vorhandene Einrede nachträglich geltend machen will. Also lediglich aus Gründen, die außerhalb des Machtkreises des Einredeberechtigten liegen, wird aber auch nur in der Regel durch Verschweigen im Prozeß das gleiche Ergebnis wie durch einen Verzicht erzielt. Der Berechtigte hat bei rechtskräftiger Feststellung des Anspruchs auf das Erlöschen etwa vorhandener Einreden überhaupt keinen Einfluß, sondern der Untergang ist eine Folge der

Rechtskraft des Urteils, während bei einem Verzicht das Erlöschen der Einrede auf dem Willen des Berechtigten beruht. Es ergibt sich also, daß die Präklusion der Einreden im Prozeß nicht notwendreig zu ihr Verzichtbarkeit führen muß.

Das Gesetz enthält nun allerdings nicht generell den Satz, daß auf Einreden verzichtet werden kann, sondern hat sich damit begnügt, in einigen Bestimmungen die Möglichkeit eines Verzichtes anzuerkennen. Diese Gesetzesbestimmungen haben ihren Niederschlag in den §§ 768 Abs. 2, 773 Abs. 2 Ziff. 1, 1137 Abs. 2, 1211 Abs. 2 und 2012 gefunden. § 239 muß hier ausscheiden, da er — wie wir später sehen werden — einen wirklichen Verzicht nicht enthält. Soviel kann im voraus gesagt werden, daß aus diesen spärlichen Vorschriften geschlossen werden muß, daß das Gesetz auf dem Standpunkt steht, daß grundsätzlich ein Verzicht auf Einreden zulässig ist.[1])

Prüfen wir nun die einzelnen Paragraphen auf ihren Gehalt, den sie für die Verzichtslehre bieten.

§ 768 Abs. 2 spricht davon, daß der Bürge eine Einrede nicht verliert, auch wenn der Hauptschuldner auf sie verzichtet.[2]) Diese Bestimmung besagt nun nicht unmittelbar, daß ein Verzicht auf Einreden durch den Hauptschuldner zulässig ist, sondern setzt die Verzichtbarkeit bereits voraus. Oder mit anderen Worten, wenn anerkannt ist, daß der Bürge eine Einrede nicht verliert, auch wenn der Hauptschuldner auf sie verzichtet, so ist die selbstverständliche Folge, daß auf die Einrede verzichtet werden kann. Denn sonst hätte diese Vorschrift keinen Sinn. Das dürfte unbestreitbar sein. Hinzuzufügen ist aber, daß aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden kann, daß jede Einrede verzichtbar ist, das hieße der Auslegung einen Zwang antun. Nur die grundsätzliche Möglichkeit der Verzichtbarkeit der Einreden durch den Hauptschuldner besagt diese Bestimmung, so daß also Ausnahmen zu beobachten sein werden. Was nun aber für das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen gilt, muß auch für die Allgemeinheit gelten, so daß mittelbar doch der Grundsatz der Verzichtbarkeit der Einreden in dieser Vorschrift zu erblicken ist. Eine Absicht des Gesetzgebers, die Verzichtbarkeit der Einreden zu einem Privilegium für den Hauptschuldner im Sinne des § 768 Abs. 2 zu gestalten, ist nicht erfindlich und wäre auch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zu vereinbaren. Weiter gibt uns § 768 darüber

[1]) Vgl. Crome, System I § 36. Matthiaß II § 70 II O. Enneccerus, Lehrb. § 207 III, 1. v. Tuhr, Allg. Teil § 17 III, 4. Walsmann a. a. O. S. 117.

[2]) Allerdings gilt das nur für die selbständigen Einreden. Vgl. Stammler, Einrede aus dem Rechte eines Dritten S. 42.

Aufschluß, daß die Wirkung des Verzichts Verlust der Einrede ist. Das kann nach der Fassung des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen.[1])

§ 571 Abs. 2 und § 773 Abs. 1 Ziff. 1 beziehen sich auf die Einrede der Vorausklage, die begrifflicherweise nur dem Bürgen zustehen kann. Daher spricht das Gesetz auch nur von einem Verzicht des Bürgen. Es erkennt an, daß die Einrede der Vorausklage verzichtbar ist. In welcher Weise der Verzicht erfolgt, interessiert hier noch nicht.

Auch aus dem Abs. 2 der §§ 1137 und 1211 kann nicht mehr herausgelesen werden, als was bereits über § 768 Abs. 2 gesagt ist. Nur handelt es sich bei diesen Vorschriften um Ansprüche aus dinglichen Rechten, gegen die sich die Einreden richten, während bei jenen ein obligatorisches Recht in Frage steht. Demnach soll trotz des Verzichtes des persönlichen Schuldners auf eine Einrede diese dem Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, erhalten bleiben. Entsprechendes gilt auch nach Abs. 2 des § 1211 für den Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist.

Die Folge ist, daß im Gesetz nur mittelbar die Verzichtbarkeit der Einreden anerkannt ist, und zwar auch nur die grundsätzliche Möglichkeit, auf Einreden zu verzichten.

Was endlich die Bestimmung, daß der Nachlaßpfleger *nicht* auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten kann, im § 2012 angeht, so hat man vielfach daraus das argumentum e contrario gezogen, daß im übrigen der Verzicht zulässig ist. Dem ist beizutreten; denn stände das Gesetz nicht auf diesem Standpunkt, hätte diese Vorschrift sich erübrigt.

Eine Vergleichung der §§ 768 Abs. 2, 1137 Abs. 2 und 1211 Abs. 2 ergibt, daß diese Vorschriften lediglich im Interesse und zum Schutze des Bürgen bezw. des Eigentümers der Hypothek und des Verpfänders, die nicht persönliche Schuldner sind, aufgestellt sind, um zu verhindern, daß sie durch einen Verzicht des Hauptschuldners bezw. des persönlichen Schuldners, die vielleicht angesichts ihrer ungünstigen wirtschaftlichen Lage nichts mehr zu verlieren haben, mit einem Mehr belastet werden, das sie mit Hilfe der Einrede aber von sich hätten abwenden können.

Trotzdem können wir diese Bestimmungen als eine Stütze für unsere oben aufgestellte Behauptung, daß unser Gesetzbuch von der grundsätzlichen Möglichkeit eines Verzichtes auf Einreden ausgeht,

---

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 23.

verwenden.[1]) Läßt sich aber nach alledem nur die grundsätzliche Möglichkeit eines Verzichtes auf Einreden nachweisen, so muß weiter mit zwingender Notwendigkeit festgestellt werden, daß nicht auf jede Einrede verzichtet werden kann, vielmehr hierüber die Natur der Einrede entscheiden muß. Die Verzichtbarkeit gehört somit nicht zu dem Wesen der Einrede. Daher läßt sich auch aus dem Begriff der Einrede keine Antwort auf die Frage entnehmen: Sind Einreden verzichtbar oder nicht? Die Einreden sind begrifflich weder verzichtbar noch unverzichtbar. Der Beweis wird schon vollständig durch die Tatsache erbracht, daß unser geltendes Recht Einreden kennt, auf die nicht verzichtet werden kann. Der Begriff verträgt indessen keine Ausnahme. Denkbar wäre es, daß die Verzichtbarkeit bei jeder Einrede gegeben ist. Aber dieser Begriff ist nicht der der geltenden Rechtsordnung. Die Antwort war daher aus dem positiven Recht selbst zu gewinnen. Damit ist aber die Frage nach dem Erfordernis oder der Entbehrlichkeit der Vertragsform des Verzichtes noch nicht beantwortet. Ein Verzicht ist sogar noch möglich, wenn die Einrede bereits geltend gemacht wurde. Dies beruht darauf, daß die Einrede durch ihre Ausübung nicht erlischt, sondern fortbesteht.

Wie bei jedem Rechtsgeschäft zu erwägen ist, ob es auch gegen die guten Sitten verstößt und dann nichtig ist, so wird auch das Anwendungsgebiet des Verzichtes auf Einreden als eines Rechtsgeschäftes durch den § 138 BGB. begrenzt.

Es ist sehr wohl denkbar, daß in einem einzelnen Falle der Verzicht auf eine bestimmte Einrede den guten Sitten widerstreiten würde. Nicht verkannt werden darf aber, daß der § 138 inbezug auf den Verzicht auf Einreden gerade durch die Vorschriften in Abs. 2 der §§ 768, 1137, 1211 sehr viel an Bedeutung eingebüßt hat. Wäre der Abs. 2 den beregten Paragraphen nicht angefügt, so müßte in manchen Fällen der Verzicht auf eine Einrede, der vielleicht um deswegen erfolgt, um den Bürgen oder persönlichen Schuldner zu schädigen, als im Widerspruch zu den guten Sitten erklärt, für nichtig angesehen werden. Es könnte der Bürge oder der persönliche Schuldner, wenn diese Vorschriften nicht getroffen wären, den Einwand der Arglist geltend machen und damit den Verzicht aus dem Felde schlagen. Abgesehen hiervon lassen sich immer noch Fälle denken, in denen § 138 praktische Bedeutung erlangen kann. Betrachten wir z. B. folgenden Fall: X. verzichtet auf eine ihm gegen Y. zustehende Einrede, wogegen sich Y. verpflichtet, in dem gegen X. laufenden Strafverfahren eine

[1]) So auch Eccius a. a. O. S. 4. Walsmann a. a. O. S. 23. Vgl. auch Reichel, Unklagbare Ansprüche in Iherings Jahrb. Bd. 59 S. 439.

unwahre, X. günstige Zeugenaussage zu machen. In diesem Fall ist das Verzichtsgeschäft auf einen sittenwidrigen Erfolg gerichtet und daher gemäß § 138 Abs. 1 nichtig. Denn wenn X. sich für seine Entschließung zwar nicht durch Geld, aber immerhin durch einen Vermögensvorteil entlohnen läßt, so ist das ein gröblicher Verstoß.[1])

Wie bereits erwähnt wurde, ist im Gesetz nur die grundsätzliche Möglichkeit eines Verzichtes auf Einreden anerkannt, für den einzelnen Fall aber die Natur der Einrede entscheidend. Das gilt insbesondere für solche Vorschriften, die im öffentlichen Interesse aufgestellt sind, die sozialpolitischen Rücksichten ihre Entstehung verdanken und vorwiegend zum Schutz der wirtschaftlich schwachen Personen dienen. Mit anderen Worten also zwingend sind und nicht der Parteivereinbarung unterliegen. Ein solche im öffentlichen Interesse aufgestellte Vorschrift findet sich im § 544 BGB. Erwächst dem Mieter aus einem Mietsvertrage über eine die Gesundheit gefährdende Wohnung irgend eine Einrede, so ist ein Verzicht auf diese ohne Wirkung. Wäre ein Verzicht möglich, so könnte die im öffentlichen Interesse aufgestellte Bestimmung leicht illusorisch gemacht werden.

In diesem Zusammenhang mag noch erwähnt werden, daß gemäß dem Reichsgesetz vom 10. Juli 1920 auch der Verzicht der Reichstagsabgeordneten auf die ihnen zustehende Aufwandsentschädigung bezw. Tagegelder und somit auch auf die hieraus erwachsenden Einreden unzulässig ist.

Andererseits ist auch ein Verzicht auf eine Einrede nicht wirksam, wenn zugleich eine mit ihr im öffentlichen Interesse verbundene Pflicht verletzt werden würde, so daß die Aufhebung der Einrede die Erfüllung jener Pflicht vereiteln würde.[2]) Die Einreden verfolgen also den Zweck, dem Berechtigten eine Verteidigung zu gewähren, indem sie sich darauf beschränken, den Angriff des Gegners abzuwehren. Es gibt nun aber einige Einreden, deren Existenz abhängig ist von einem Anspruch, die einen solchen zur Voraussetzung haben müssen, von ihm ihren materiellen Inhalt empfangen. Mit anderen Worten: die Tatsachen, die auch die Entstehung des Anspruchs hindern, hindern auch die Entstehung der Einreden und andererseits vernichten die Tatsachen, die auch den Anspruch zu Fall bringen, die Einreden. Man drückt sich auch gewöhnlich dahin aus, daß der Anspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann und spricht in einem solchen Fall von

---

[1]) Über die Entkräftung von Einreden durch die Generalreplik der Schikane vgl. v. Winterfeld, Die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug S. 65.

[2]) Vgl. Reichel, Unklagbare Ansprüche in Iherings Jahrb. Bd. 59 S. 449. Endemann, Lehrb. I S. 27, erklärt den Verzicht auf im öffentlichen Interesse gegebene Rechte für unzulässig.

einer unselbständigen Einrede. Dies steht auch keineswegs im Widerspruch damit, wenn wir behaupten, daß die Einrede durch ihre Ausübung nicht erlischt. Gerade das Wesen der unselbständigen Einreden besteht darin, daß sie auf einem Anspruch beruhen, mit dem sie entstehen und fallen, hat aber mit dem Nichterlöschen der Einreden durch ihre Ausübung nichts zu tun. Ein Beispiel einer unselbständigen Einrede bietet unter anderen § 821 BGB. Wie sein Wortlaut ergibt, kann der Verpflichtete auch schon vor der Verjährung des Anspruchs auf Befreiung von der ohne rechtlichen Grund eingegangenen Verbindlichkeit die Erfüllung einredeweise verweigern. Der Verpflichtete hat also die Wahl, entweder angriffsweise mit Hilfe des Anspruchs seine Befreiung zu erlangen oder verteidigungsweise mit Hilfe der materiellrechtlichen Einrede. Letzteres setzt allerdings die Geltendmachung des Anspruchs — sei es gerichtlich oder außergerichtlich — durch den Gegner voraus. Auch noch nach der Verjährung des Anspruchs ist es dem Verpflichteten unbenommen, mittels des Anspruchs vorzugehen, da es immerhin möglich ist, daß der Beklagte die Einrede der Verjährung nicht vorschützt oder im Termin ausbleibt und dann auf Antrag, soweit die vorgebrachten Tatsachen den Anspruch rechtfertigen, Versäumnisurteil ergehen muß. In solchen Fällen, in denen Anspruch und Einrede kraft positiver Gesetzesvorschrift so eng mit einander verknüpft sind, daß es in das Belieben des Berechtigten gestellt ist, ob er angriffsweise vorgehen oder sich auf eine Verteidigung beschränken will, ist ein selbständiger Verzicht auf die Einrede für unzulässig zu erklären[1]), weil die Einrede nur eine Reflexwirkung des Anspruchs ist, der nach der Verjährung in seiner Kraft geschwächt ist, aber doch noch als Einrede verwertet werden kann. Die Einrede, die mit dem Anspruch entsteht und fällt — was noch der Fall ist, wenn er nur verjährt ist —, kann nur zusammen mit dem Anspruch aufgehoben werden und ist nichts weiter als die Geltendmachung eines Anspruchs in Form der Verteidigung.

Unverzichtbar ist auch die Einrede, die ein Zustandsrecht ist. Wie durch ein gewisses menschliches Verhalten, z. B. durch eine

[1]) So auch Planck, 4. Aufl. II 1 zu § 305, S. 318 (letzter Absatz). Wenn er aber behauptet, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages könne ohne Erlaß der Gegenforderung aufgegeben werden in den Fällen, wo der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers vorleisten kann, und zwar ohne Zustimmung des Gläubigers — also eine Ausnahme von dem Satze, daß ein selbständiger Verzicht auf unselbständige Einreden unzulässig ist, vorliegt, — so ist das unrichtig, weil das Erlöschen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ohne Zustimmung des Gläubigers in diesem Falle begrifflich kein Verzicht ist, sondern der Untergang darauf zurückzuführen ist, daß der Fortbestand der Einrede mit der Tatsache der Vorleistung im Widerspruch steht; es handelt sich also um einen Fall des sogen. gegensätzlichen Verhaltens. Allerdings hat auch Planck Zweifel, ob hier ein wirklicher Verzicht vorliegt.

Willenserklärung Einreden entstehen können, so ist es auch möglich, daß aus einem bloßen Zustand eine Einrede erwächst, also unabhängig vom menschlichen Willen. Schon das Verweilen in einem gewissen Zustand verleiht bestimmte Rechte, ohne daß ein auf die Erregung gerichteter Wille vorhanden sein braucht. Der Zustand kann in einem rein tatsächlichen Verhalten, z. B. die Dauer des Besitzes, oder in einem familienrechtlichen Verhältnis, z. B. Brautstand, bestehen oder kann sich in einer bloß rechtlichen Beziehung erschöpfen. Sobald ein bestimmter Zustand vorhanden ist, entstehen ipso iure bestimmte Rechte, die entweder bestimmt sind, diesen Zustand zu schützen oder doch zu verhindern, daß eine von der Rechtsordnung gemißbilligte Lage geschaffen wird und von vornherein ihrer Art und ihrem Maße nach unverrückbar feststehen und nicht beliebig verringert werden können. Die aus einem bestimmten Zustand hervorgehenden Rechte sind so eng mit ihm verknüpft, daß sie mit dem Zustand entstehen und fallen. Der Zustand ist eine Entstehungsbedingung für sie. Wie der Wille des Menschen, sobald er einen bestimmten Zustand hergestellt hat, nicht verhindern kann, daß bestimmte Rechte, zu denen auch die Einrederechte gehören, aus ihm erwachsen, so hat er auch keinen Einfluß auf den Wegfall dieser Rechte und besitzt nicht die Macht, den freien Lauf der gesetzlichen Folgen einer Rechtsposition zu ändern oder zu beseitigen, es sei denn, daß er den Zustand wieder vernichtet. Rechte, welche die Rechtsordnung mir ohne, vielleicht wider meinen Willen verleiht, kann ich nicht gegen den Willen der Rechtsordnung beseitigen. Wenn ich nun durch die Herstellung eines bestimmten Zustandes gewisse Rechte erhalte, so kann ich sie nur dadurch beseitigen, daß ich die Quelle verstopfe, d. h. aber mit anderen Worten: ich muß den Zustand wieder aus der Welt schaffen. Daraus folgt, daß Einreden, sobald sie aus einem Zustand erwachsen, nur mit diesem aufgehoben werden können; ein selbständiger Verzicht ist nicht möglich.[1])

Wahre Ausnahmen von der Verzichtbarkeit der Einreden sind nur die letzten drei behandelten Fälle, während der erstere nur das Verzichtsgeschäft als solches betrifft.

Trotz dieser Einschränkungen aber bleibt für die Möglichkeit eines Verzichtes auf Einreden noch ein weiter Spielraum übrig. Die weitere Frage ist nun die: „Verlangt das BGB. im allgemeinen zum

[1]) Vgl. auch Walsmann a. a. O. S. 77; ferner v. Tuhr in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 72, 533, der den Begriff des Zustandsrechtes für die Erklärung der Verzichtbarkeit nichtdienlich erachtet, sondern der Grund sei, daß ein allgemeines Interesse am normalen Bestand des Rechts obwaltet. Wir können ihm hierin nicht beistimmen. Es ist zwar möglich und wird öfters der Fall sein, daß zugleich ein allgemeines Interesse am Bestand der Rechte vorliegt, aber notwendig ist das nicht.

Verzicht auf Einreden die Vertragsform oder genügt regelmäßig die einseitige Erklärung?" Während für die Beantwortung der Frage, ob ein Verzicht auf Einreden möglich ist, das Gesetz einige Vorschriften gegeben hat, die auf eine grundsätzliche Möglichkeit der Verzichtbarkeit der Einreden schließen lassen, läßt es uns bei der Lösung dieser nicht minder wichtigen Frage vollends im Stich. Zwar war in der zweiten Kommission beantragt worden mit der Begründung, daß der Verzicht auf eine Einrede das Recht des Gläubigers von einer Beschränkung frei mache, an der nur der Schuldner, nicht der Gläubiger ein Interesse haben könne, dem § 305 als Absatz 2 hinzuzufügen:

„Zu dem Verzicht des Schuldners auf eine Einrede genügt einseitige Erklärung gegenüber dem Gläubiger." [1])

Dieser Antrag ist aber abgelehnt worden, weil der Satz für unselbständige Einreden nicht stimme und die Bestimmungen über die Schenkung verdunkeln könne. Daher berufen sich die Vertreter der Ansicht, der Verzicht auf eine Einrede sei nur vertraglich möglich, durchweg auf die Geschichte des § 305.[2]) Und so ist es verständlich, während fast allgemein die Zulässigkeit eines Verzichtes anerkannt wird, daß auf diesem Gebiet der heftigste Streit tobt, die Lösungsversuche sehr mannigfaltig sind, die Ergebnisse weit auseinander gehen.

Wie oben bereits angedeutet, hat das Gesetz keine Bestimmung, daß auf Einreden einseitig verzichtet werden kann; andererseits ist aber auch nirgends ausdrücklich das Vertragserfordernis vorgeschrieben. Der Einwand Plancks[3]), daß letzteres nicht zu geschehen brauchte, weil es selbstverständlich sei, daß Rechte, soweit sie überhaupt verzichtbar sind, durch Vertrag aufgehoben werden können, greift nicht mit voller Kraft durch, da es absichtlich unterlassen ist, diese Frage im Gesetz zugunsten des Vertrages oder der einseitigen Erklärung zu entscheiden.[4]) Ob der Tatbestand des Verzichts auf Einreden einseitige Erklärung oder Vertrag erfordert, muß daher mangels klärender Bestimmungen aus dem Geiste des Gesetzes ermittelt werden. Von vornherein ist nun aber zu betonen, daß begrifflich unter dem Verzicht ein einseitiges Aufgeben irgend eines Vermögensvorteiles verstanden wird, daß aber von einem einseitigen Aufgeben nicht mehr gesprochen werden kann, wenn der Tatbestand des Verzichtes für die Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges zwei gleichwertige Erklärungen sowohl des Verzichtenden wie auch desjenigen, dem gegenüber verzichtet wird,

[1]) Protokolle II 6 S. 163 ff.
[2]) So Staudinger, Anm. zu § 305.
[3]) Planck II, 1 zu § 305.
[4]) Vgl. Protokolle II 6 S. 163 ff.

erfordert. Ein solcher Verzicht wäre kein Verzicht im Sinne des geltenden Rechts. Als einseitiges Rechtsgeschäft bedarf der Verzicht nicht der Annahme desjenigen, an den er sich richtet. Er ist nur empfangs-, aber nicht annahmebedürftig. Es gibt aber auch Rechtsgeschäfte, bei denen der andere Teil nur lediglich zustimmt, und diese Zustimmungserklärung des Gegners nur eine gesetzliche Voraussetzung (conditio iuris) für die Rechtsgültigkeit des Rechtsgeschäftes bildet. Bei diesen Gestaltungen bleibt der Wille des einen Teils der überragende Wille; er hat allein die Macht, über den Vermögensvorteil zu verfügen; die Zustimmungserklärung des Gegners ist inhaltlich nichts weiter als ein Nicht-nein-sagen. In diesem Sinne ist auch der Erlaß eines Forderungsrechtes nach dem BGB. (§ 397) gestaltet.[1]) Es kann sich demgemäß hier nur darum handeln, festzustellen, ob zur Wirksamkeit des Verzichts einseitige Erklärung, die nach § 130 BGB. natürlich dem Gegner zugehen muß[2]), genügt, oder ob noch die Zustimmungserklärung des andern Teils hinzukommen muß.[3]) Diese Frage hat große praktische Bedeutung auch insofern, als der Gegner bei einem einseitigen Verzicht nicht imstande ist, diesen zurückzuweisen, da er vollendet ist, sobald die Willenserklärung ihm zugegangen ist. Andernfalls hätte der Zustimmende noch die Möglichkeit, seine Zustimmungserklärung zu versagen und so den Verzicht zu vereiteln.[4]) Es ist demgemäß die oben aufgeworfene Frage, ob der Verzicht Vertrag erfordert oder einseitige Erklärung genügt, in dieser Richtung einzuschränken.

Zu bemerken ist noch, daß der Tatbestand der Verzichtshandlung kein Begriffserfordernis des Verzichtes ist, sondern nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Daher war diese Frage aus dem Abschnitt über den „Verzicht" auszuscheiden und diesem Paragraphen vorzubehalten.

Folgende Erwägungen dürften zur Lösung der Frage führen: Zunächst ist es grundfalsch, aus § 397 zu schließen, daß nun sämtliche Rechte, die sich aus einem Schuldverhältnis ergeben, nur durch Erlaß, also durch einen Vertrag, bei dem der andere Teil nur zustimmt, untergehen könnten.[5]) § 397 kommt nur in Betracht, wenn ein

[1]) Zustimmend Walsmann a. a. O. S. 178 ff. Vgl. aber RG.-Komm. § 397 Ziff. 1 Abs. 2 b.

[2]) Vgl. Zitelmann, Archiv Ziv. Praxis 98, 59: „da jedes einseitige Rechtsgeschäft im Zweifel empfangsbedürftig ist." Walsmann a. a. O. S. 186: „Wir gewinnen damit auch für das BGB. die Konsequenz, daß die nach der Natur der Sache gegebene Verzichtsaktion die empfangsbedürftige Willenserklärung des Verzichtenden ist, wobei der Adressat die am meisten interessierte Person ist."

[3]) Zustimmend Walsmann a. a. O. S. 172 ff.

[4]) Auch Planck (II, 1 zu § 305) erkennt im Gegensatz zu früheren Auflagen die praktische Bedeutung dieser Frage unter dem Gesichtspunkt an, daß der Verzichtsantrag bis zur Annahme widerrufen werden könne.

[5]) So auch Levy a. a. O. S. 20.

Schuldverhältnis, sei es ganz oder nur teilweise, aufgehoben werden soll.[1]) Sollen einzelne aus dem Schuldverhältnis entspringende Rechte aufgehoben werden, greift § 305 ein, da es sich dann um die Änderung des Inhalts eines Vertrages handelt. § 397 scheidet demnach für diese Frage aus. Der § 305 geht davon aus, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses oder zur Änderung seines Inhalts durch die Parteien ein Vertrag erforderlich ist. Die Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses kann in zweifacher Weise erfolgen: entweder durch Erweiterung der vorhandenen obligatorischen Beziehungen unter den Parteien oder durch Beseitigung von der einen oder der anderen Partei zustehenden Rechten. Nur unter die letzte Alternative kann die Aufhebung von Einreden durch Verzicht fallen, als man annimmt, daß durch den Verzicht auf Einreden eine Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses bedingt wird. Aber diese Annahme findet im Gesetz keine Stütze. Von Bedeutung wird hier, festzustellen, was unter dem Begriff „Schuldverhältnis" verstanden wird. Darüber gibt uns das BGB. Aufschluß, als sich im § 241 eine Legaldefinition vorfindet. Der § 241 lautet: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." Wie die Begriffsbestimmung ergibt, stellt das BGB. in erster Linie auf das Forderungsrecht ab. Der Gläubiger kann von dem Schuldner eine Leistung, die auch in einem Unterlassen bestehen kann, verlangen; sodann umfaßt das Schuldverhältnis im weiteren Sinn die gesamten Beziehungen, die sich auf Grund einer bestehenden Schuld zwischen Gläubiger und Schuldner ergeben. Ein Schuldverhältnis kann entweder aus einem zweiseitigen oder einseitigen Rechtsgeschäfte entstehen oder unmittelbar auf Grund des Gesetzes. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß unter das Schuldverhältnis im weiteren Sinne auch die Einreden fallen, da sie zu den obligatorischen Rechten, die durch das Schuldverhältnis im weiteren Sinn erzeugt werden können, zu rechnen sind. Soviel kann nun aus § 305 entnommen werden, daß der Verzicht auf die Einrede des Vertrages bedarf, sobald er eine Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses bewirkt; denn dann wird das Band des Schuldverhältnisses ein anderes. Richtiger ist aber, in diesem Fall nicht von „Verzicht" zu sprechen, sondern von einer „Aufhebung" der Einrede durch inhaltändernden Vertrag.

Demnach ist die weitere Frage nun die: Bewirkt der Verzicht auf eine Einrede eine Änderung des Inhalts des Vertrages oder läßt

[1]) Planck, § 305 II, 1.

er den Inhalt unberührt? Was für das vertragliche Schuldverhältnis gilt, muß auch für das gesetzliche Gültigkeit haben, da beide nur einen Unterschied in der Entstehung begründen. Hier ist nunmehr der Inhalt des Schuldverhältnisses festzustellen. Die Frage nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses ist zu scheiden von der Frage nach dem Gegenstand eines Schuldverhältnisses. Letztere bezieht sich darauf, *was* kraft des Schuldverhältnisses gefordert werden kann und geleistet werden muß; sie interessiert nicht weiter. Dagegen die hier zu behandelnde Frage nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses beschäftigt sich damit, *wie* die Leistung zu erfolgen hat. Dazu gehört zunächst die Beschaffenheit der Leistung, um der durch das Schuldverhältnis begründeten Leistungspflicht zu entsprechen, ferner an welchem Ort und zu welcher Zeit die Leistung zu erfolgen hat, sowie welche Folgen die Unmöglichkeit einer Leistung und ihre Verzögerung nach sich ziehen kann. Nicht aber der Umstand, daß der Schuldner auf Grund einer Einrede die Leistung verweigern kann. Somit ergibt sich, daß die Einrede zwar zu dem Schuldverhältnis im weiteren Sinne gehört, daß sie aber nicht den spezifischen Inhalt eines Schuldverhältnisses ausmacht. Die Einreden des Bürgerlichen Gesetzbuches können deshalb auch nie eine Inhaltsänderung des Anspruchs bewirken, sondern richten ihre Spitze nur gegen seine Geltendmachung. Doch gilt das nur als Regel. Es ist auch hier eine Ausnahme zu beobachten, und zwar bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Über sie wird später gehandelt werden.

Es ist somit erwiesen, daß zum Ausschluß einer Einrede mit Ausnahme der exceptio non adimpleti contractus kein inhaltändernder Vertrag erforderlich ist. Nunmehr ist aber noch zu prüfen, ob doch noch die Zustimmungserklärung des anderen Teiles hinzukommen muß wie bei der Aufhebung eines Forderungsrechtes nach § 397 BGB. Auch dafür liegen nicht die geringsten Anhaltspunkte im Gesetz vor, und Gründe, welche die Zustimmung des Gegners erheischen, sind nicht ersichtlich; im Gegenteil spricht das praktische Bedürfnis für einen einseitigen Verzicht. § 397 kann nicht als Beleg — wie bereits erwähnt — für die Ansicht verwendet werden, daß beim Verzicht auf eine Einrede noch der Gegner zustimmen muß.

Wie wir in dem Abschnitt über die Einreden dargetan haben, ist die Einrede ein Gegenrecht, das die Interessen des Anspruchsgegners wahrzunehmen bestimmt ist. Das Gesetz gibt dem Schuldner eine Einrede, um es ihm selbst zu überlassen, ob er in dem konkreten Fall den an sich berechtigten Anspruch erfüllen will. Was aber einseitig zugunsten jemandes aufgestellt ist, muß er sich auch einseitig wieder

entschlagen können, soweit nicht eine Verzichtbarkeit aus den entwickelten Gründen überhaupt ausgeschlossen ist. Ein Vertrag könnte nur in Frage kommen, wenn auch der andere Teil ein Interesse am Fortbestande der Einrede hat. Ein solches Interesse ist aber unerfindlich. Im Gegenteil hat der andere Teil ein Interesse am Untergange der Einrede, da sie der Durchsetzung seines Anspruchs ja nur hinderlich ist. Dieser Grund spricht mit für Ablehnung eines Vertrages als Verzichtshandlung.

Gestützt wird die Behauptung, daß zum Verzicht auf eine Einrede einseitige Erklärung genügt, noch dadurch, daß der mit der Einführung der Einrede offensichtlich verfolgte Zweck, es dem Belieben des Schuldners zu überlassen, ob er als das moralisch nicht immer einwandfreie Mittel, sich seiner Schuld zu entledigen, eine Einrede benutzen will, verhindert würde, wenn der Verzicht auf die Einrede von der Zustimmung durch den Gläubiger abhängig gemacht wird. Hier ist vielleicht der Einwand zu erwarten, daß der Schuldner im Prozeß durch Verschweigen der Einrede das Gleiche erreichen kann. Dem ist aber zu erwidern, daß der Prozeß häufig von Vertretern geführt wird, die sich meistens nicht um das Verbot kümmern, eine Einrede nicht geltend zu machen, vielmehr nur darauf bedacht sind, den Rechtsstreit zu gewinnen ohne Rücksicht darauf, ob die Art und Weise moralisch einwandfrei ist.

Vielfach wird gegen einen einseitigen Verzicht geltend gemacht, daß durch ihn für den Gegner in der Regel ein Vorteil herbeigeführt wird, dieser aber dem Gläubiger nicht wider seinen Willen aufgedrängt werden darf.[1]) Richtig ist zwar, daß er durch den Verzicht auf eine Einrede einen Vorteil erhält; aber dennoch zwingt uns dieser Grundsatz doch nicht zu der Annahme, daß die Verzichtshandlung um deswillen einen Vertrag verlangt. Das wird schon vollständig durch die Tatsache bewiesen, daß das geltende Recht einseitige Verzichte kennt, die den Gegner um ungeheure Werte bereichern können.[2])

Wenn das Gesetz im § 305 bestimmt hat, daß zur Begründung und Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag erforderlich ist, so hat das seinen guten Grund. Einseitige Willenserklärungen können nach § 305 ein Schuldverhältnis nur soweit begründen, als dies vom Gesetz vorgeschrieben ist. Durch die Begründung eines Schuldverhältnisses übernehmen entweder beide Teile Rechte und Pflichten oder der eine Teil nur Pflichten und der andere Teil nur

[1]) So auch Levy, S. 19.

[2]) Vgl. auch in dieser Beziehung die Ausführungen bei Walsmann a. a. O. S. 179 ff., die im allgemeinen für die Gestaltung der Verzichtsaktion beim „Verzicht auf Einreden" zutreffen. Reichel, Unklagbare Ansprüche in Iherings Jahrb. Bd. 59 S. 455.

Rechte. In beiden Fällen sind aber beide Teile in gleichem Maße an der Ausgestaltung des Schuldverhältnisses interessiert, so daß einseitige Erklärung nicht ausreichend sein kann. Das Gleiche gilt für die Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, wo Pflichten und Rechte, die anfänglich im beiderseitigen Einvernehmen begründet worden sind, verschoben werden. Daher bedarf der Verzicht auf die exceptio non adimpleti contractus des inhaltändernden Vertrages, sofern man überhaupt noch von einem „Verzicht" sprechen will. Eine Einrede entsteht aber aus einem bestimmten Tatbestand, ohne daß es der Mitwirkung des Gläubigers bedarf.

Der beste Beweis, daß zum Verzicht auf eine Einrede einseitige Erklärung genügt, ist der, daß der Verzicht eine Verfügung über ein dem Schuldner allein zustehendes Recht darstellt, daß aber eine Zustimmung Dritter dann nicht erforderlich ist, wenn sie von der Verfügung nicht betroffen werden. Durch einen Verzicht auf eine Einrede wird aber kein Recht Dritter berührt, sondern nur das Recht des Schuldners. Anders ist es mit dem Erlaß, der eine Verfügung des Gläubigers über das Forderungsrecht, aber zugleich auch eine Verfügung über ein Recht des Schuldners, nämlich das Recht, die Leistung zu erbringen, enthält.

Das Resultat ist demnach: Zum Verzicht auf eine Einrede genügt die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Verzichtenden gegenüber dem Rechtsgegner.[1])

Das so gewonnene Ergebnis wird auch allein den praktischen Anforderungen des Rechts- und Wirtschaftslebens gerecht. „Der

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 198. Enneccerus, § 207 I, 3. Ruhemann a. a. O. S. 37. Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 285. Endemann, Lehrbuch I § 149 Anm. 3. Auch Caspers, Erlaß und Verzicht, S. 45, läßt zum Verzicht in der Regel eine einseitige Erklärung in der Regel genügen. Desgl. Cohn, Gruchots Beitr. 47 S. 287. Langheineken a. a. O. S. 285. Wenn er aber meint, der Verzicht auf dauernde Einreden kommt materiell der Neubegründung des bisher einredegehemmten Rechts gleich und bedürfe einen dem Begründungsakt entsprechenden selbständigen Dispositivakt, so ist dem zu erwidern, daß der Verzicht auf die Einrede keine vom Gesetz als zulässig anerkannte Form der Begründung von Schuldverhältnissen bildet. Planck, der noch in der 3. Aufl., Anm. 4 zu § 305, unter Berufung darauf, daß das einseitig nicht angenommene Versprechen nicht binde, einen Vertrag verlangte, hat seine Ansicht aber zugunsten des einseitigen Verzichts geändert. Ihm war mit Recht entgegengehalten worden, daß es sich beim Verzicht darum handelt, ob der Verzichtende sein Recht aufzugeben vermag, nicht darum, ob er sich verpflichten kann, d. h. mit anderen Worten daß der Verzicht eine Verfügung ist, also ein abstraktes Rechtsgeschäft, und nicht ein obligatorisches Versprechen. Vgl. auch Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, S. 120. Für grundsätzlich einseitigen Verzicht auch Graeffner a. a. O. S. 2. Wenn er aber meint, ein einseitiger Verzicht liegt im Falle des § 144 vor, so ist das unrichtig, da die Bestätigung kein Verzicht auf das Anfechtungsrecht ist, sondern der Verlust des Anfechtungsrechtes ist nur eine Konsequenz der Bestätigung. Vgl. Walsmann a. a. O. S. 104. Grundsätzlich zum Verzicht auf Einreden verlangen einen Vertrag Staudinger, Kommentar Anm. 4 zu § 305; Suppes, Einredebegriff. S. 15; Eccius, Gruchots Beitr. 50, 5 ff. Grundsätzlich für Vertrag Groeben a. a. O. S. 34.

Verzicht auf Einreden hat grundsätzlich durch einseitigen Rechtsakt, d. h. durch einseitige zugangsbedürftige Willenserklärung des Verzichtenden gegenüber dem Rechtsgegner zu erfolgen. Einer Zustimmung des Gegners bedarf es vielmehr nur da, wo ausnahmsweise der Gegner ein eigenes rechtliches Interesse am Fortbestande des Rechts hat." [1]) Ein solches Interesse ist aber nirgends begründet.

§ 5.

Der Verzicht auf die peremptorischen Einreden.[2])

Wir wenden uns nunmehr den einzelnen Einreden des BGB. zu, um bei ihnen zu prüfen, ob sie verzichtbar sind und gegebenenfalls, in welcher Weise der Verzicht erfolgt.

1. Die Einrede der Verjährung.

Das Institut der Verjährung verfolgt den Zweck, den Gläubiger zu zwingen, seinen Anspruch zu einer Zeit geltend zu machen, wo er noch imstande ist, seinen Anspruch klar zu begründen, der Schuldner noch mit Leichtigkeit die zu seiner Verteidigung eventuell vorhandenen Beweismittel zur Hand hat. Wäre es möglich, daß alle Ansprüche für ewige Zeiten verfolgt werden könnten, ohne der Verjährung anheimzufallen, so würden nicht nur die Parteien, sondern auch das Gericht oft vor unlösbare Schwierigkeiten gestellt werden, als sich über einzelne wichtige Tatsachen, sei es nun zu Ungunsten des Gläubigers oder des Schuldners, mit der Zeit der Schleier der Vergessenheit ausbreiten würde. Dem entspricht es, daß das Gesetz die Verjährung im öffentlichen Interesse und im Interesse beider Parteien zwingend vorgeschrieben hat, wenn es im § 225 bestimmt, daß die Verjährung weder durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen noch erschwert werden darf. Andererseits genügt es aber zur Wahrung des öffentlichen Interesses, wenn das Gesetz dem Schuldner ein Mittel in die Hand gibt, den Gläubiger zur rechtzeitigen Geltendmachung seines Anspruches zu zwingen und zwar in Form einer peremptorischen Einrede. Es dürfte nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen, daß der Verpflichtete durch die Verjährung des Anspruchs das Gegenrecht gewinnt, die Leistung, zu welcher der Anspruch ihn verpflichtet, zu verweigern. Das wird denn auch allgemein anerkannt.[3]) Der Gesetzgeber hat wohl diese Regelung gewählt, um es dem Schuldner zu überlassen, ob er das nicht immer einwandfreie Mittel der Anspruchs-

[1]) Reichel, Unklagbare Ansprüche in Iherings Jahrb. Bd. 59 S. 455.

[2]) Im wesentlichen ist diesem Abschnitt Langheinekens Aufzählung zugrunde gelegt. § 17.

[3]) Vgl. Schneider, Iherings Jahrsb. 51, 25 ff.

verjährung gebrauchen will. Die Wirkung ist, wenn der Schuldner die Verjährungseinrede gerichtlich oder außergerichtlich vorbringt, wie bei allen peremptorischen Einreden, daß der Angriff zurückgeschlagen wird. Die Einrede der Verjährung nimmt aber neben der Einrede der beschränkten Erbenhaftung insofern eine Sonderstellung ein, als ihre Wirkungen in mehreren Beziehungen eine Abschwächung erfahren haben. Der Anspruch bleibt hier stärker als bei den übrigen Einreden. Als Beispiel mag nur angeführt werden, daß nach § 222 Abs. 2 S. 1 BGB. das zur Befriedigung eines verjährten Anspruches Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist, während bei einer sonstigen peremptorischen Einrede in dem gleichen Falle ein Rückforderungsanspruch begründet ist (vgl. § 813 Abs. 1).

Wenn wir uns nunmehr nach diesen Vorbemerkungen, die für die folgenden Ausführungen nicht ganz ohne Bedeutung sind, der Verzichtbarkeit dieser Einrede zuwenden, so ist zu konstatieren, daß über diese Frage in der Wissenschaft und Praxis ein heftiger Streit tobt. Letztere [1]), vor allem das Reichsgericht [2]), und die herrschende Meinung [3]) steht auf dem Standpunkt, daß ein einseitiger formloser Verzicht auf die Einrede der vollendeten Verjährung, der allerdings Kenntnis der eingetretenen Verjährung voraussetzt, zulässig ist. Nicht kann aber nach der Ansicht des Reichsgerichts [4]) während des Laufes der Verjährung auf deren Geltendmachung verzichtet werden. Dagegen hält eine andere Meinung [5]) den Verzicht auf die Verjährungseinrede nach § 225 BGB. für unwirksam. Kommen wir bei der Prüfung dieser Frage zu dem Ergebnis, daß ein Verzicht nicht zulässig ist, so erübrigt sich die zweite Frage, in welcher Weise der Verzicht erfolgt.

Das Reichsgericht führt zum Beweise der Richtigkeit seiner Behauptung die Motive zum BGB. ins Feld. Es ist richtig, daß die Motive [6]) hervorheben, daß es eines besonderen Hinweises auf die Verzichtbarkeit der Einrede der Verjährung nicht bedürfe, weil die rechtliche Natur es von selbst mit sich bringe. Man ist aber auch ebenso berechtigt, im Gegensatz zu den Motiven zu behaupten, daß die rechtliche Natur der Verjährungseinrede als Zustandsrecht die Ver-

[1]) Staudinger, § 222, 4, § 225, 3. Planck, Vorbemerkungen zur Verjährung, Ziff. 6, § 225, 1. Warneyer, Anm. 1 zu § 225. RG.-Komm. § 222, 1.

[2]) RG. 78, 130.

[3]) Regelsberger in Iherings Jahrb. 41, 335. Crome, System 1 § 117 S. 520. Cosack, Lehrbuch § 119 S. 29. Rümelin, Archiv f. ziv. Praxis 97, 301. Enneccerus, Lehrb. § 218 S. 608.

[4]) RG. 79, 268. Desgl. Planck § 225, 1. Warneyer, Anm. II zu § 225.

[5]) Walsmann a. a. O. S. 122 ff. Schneider, Iherings Jahrb. 7, 51. 25 ff.

[6]) Band 1 S. 342.

zichtbarkeit ausschließt. Diese Bezugnahme des Reichsgerichts auf die Motive beweist allein nichts, und demnach kann diese Beweisführung nicht als überzeugend angesehen werden. Und wenn das Reichsgericht weiter ausführt, daß in der bewußten und gewollten Nichtgeltendmachung der Einrede notwendig ein Verzicht auf die Verjährung zu finden sei, so ist der Satz — vorausgesetzt, daß ein Verzicht zulässig ist — in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Einmal kann der Schuldner vertragsmäßig verpflichtet sein, die Einrede nicht geltend zu machen und sieht aus diesem Grunde von einem Vorbringen ab, so liegt hierin kein Verzicht, wie bereits auseinandergesetzt wurde. Andererseits braucht in jeder bewußten und gewollten Nichtgeltendmachung der Einrede noch nicht notwendig ein Verzicht liegen. Der Schuldner hat vielleicht vor der Hand noch andere Verteidigungsmittel, die ihm humaner erscheinen, und will deshalb von der Geltendmachung der Verjährungseinrede vorläufig Abstand nehmen, ohne daß er dabei an einen Verzicht gedacht hat. Dies ist auch von großer praktischer Bedeutung. Sähe man in jeder bewußten und gewollten Nichtgeltendmachung einen Verzicht, so wäre dem Schuldner ein späteres Zurückgreifen auf die Einrede verschlossen; im anderen Falle hätte er immer noch die Möglichkeit, zu einem gegebenen Zeitpunkt die Einrede vorzuschützen.

Andere führen zur Begründung der Verzichtbarkeit an, daß der Schuldner, wenn ihm ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung verschlossen sein soll, das gleiche Resultat erzielen kann, indem er im Prozeß die Einrede einfach nicht vorbringt. Aber dies beruht lediglich darauf, daß Einredetatsachen im Prozeß nur dann berücksichtigt werden, wenn sie gerade von der Partei vorgebracht werden, der sie zusteben, hat also mit einem Verzicht nicht das Mindeste zu tun. Der Gläubiger wird also trotzdem genötigt, vor Ablauf der Verjährung einen Prozeß anzustrengen oder in anderer Weise geeignete Maßregeln zu treffen, da er nicht wissen kann, ob der Schuldner die Einrede unter den Tisch fallen läßt. Und somit wird trotzdem die Absicht des Gesetzes (§ 225) erreicht, eine möglichst schnelle Erledigung aller Verpflichtungen anzustreben, ehe sie der Verdunkelungsgefahr anheimfallen. Aber ein Beweis für die Verzichtbarkeit der Verjährungseinrede ist damit nicht erbracht worden.

Die Entscheidung der Frage der Verzichtbarkeit hängt von der Auffassung der Einrede ab.[1]) Es ist von dem Grundsatz auszugehen,

[1]) Folgt man Schumacher a. a. O. S. 39, nach dem die Verjährung eines Anspruchs eine Eigenschaft desselben ist, so ist ein Verzicht ausgeschlossen, da Gegenstand des Verzichtes nicht eine Qualität sein kann.

daß ein Verzicht auf Einreden zulässig ist, soweit nicht besondere Gründe entgegenstehen. Daß es sich bei der Verjährungseinrede um eine selbständige Einrede handelt und aus diesem Grunde der Verzichtbarkeit nichts entgegensteht, dürfte nicht zu leugnen sein, so daß prima facie, soweit man die Verjährung wie auch die Einrede selbst als eine selbständige Tatsache, die durch den Zeitablauf geschaffen wird, auffaßt, ein Verzicht zulässig erscheint. Aber aus einem anderen Grunde unterliegt die Zulässigkeit einem begründeten Bedenken. Mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit — sei es, daß sie gesetzlich festgesetzt ist, sei es, daß sie auf einer Vereinbarung der Parteien beruht, insofern als die Abkürzung der Verjährungsfrist (§ 225 S. 2) oder ausnahmsweise eine Verlängerung für die Ansprüche wegen eines Mangels beim Kauf- oder Werkvertrag zulässig ist (§ 477, § 638 Abs. 2) — fallen die Ansprüche, soweit sie nicht unverjährbar sind, in einen Zustand, der vom Gesetz als „Verjährung" bezeichnet wird. Dies geschieht kraft zwingenden Rechts, was sich daraus erklärt, daß das Institut der Verjährung keineswegs nur zum Schutze des Einzelnen, sondern vorwiegend im öffentlichen Interesse eingeführt ist. Um diesen Zustand zu schützen, bestimmt § 222, daß der Verpflichtete berechtigt ist, nach der Vollendung der Verjährung die Leistung zu verweigern, d. h. dem Verpflichteten wird die Einrede zur Verfügung gestellt, um zu verhüten, daß eine andere als vom Gesetz gewollte und eingetretene Lage geschaffen wird. Das Gegenrecht soll diesen Zustand sanktionieren. Dieser Zweck würde aber vereitelt werden, wenn man einen Verzicht auf die Verjährungseinrede zuläßt. Mit anderen Worten: die Verjährungseinrede ist ein Zustandsrecht und daher unverzichtbar. Keineswegs im Widerspruch steht damit, daß der Berechtigte im einzelnen Fall nicht gezwungen ist, die Einrede vorzubringen und somit praktisch einem Verzicht gleichkommt. Es genügt, wenn der Verjährungszustand durch den Fortbestand der Einrede gesichert wird. Erklärt man diese Einrede für verzichtbar, so gerät man auch zum Gesetz im direkten Widerspruch, da die Folge des Verzichts der Verlust der Einrede ist und der Anspruch zu einem unverjährbaren wird, was einer Erschwerung der Verjährung gleichkommt. Dem sucht man damit zu begegnen, daß der § 225 nach Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte sich nur auf die noch nicht vollendete Verjährung beziehen soll.[1]) Der Sprachgebrauch des BGB. versteht aber unter „Verjährung" nicht nur die vollendete, sondern auch die laufende Verjährung, und der klare Wortlaut im § 225 hindert nicht, unter „Verjährung" beides zu verstehen.[2]) Der Zweck dieser

[1]) So Enneccerus, Lehrbuch I S. 608. Levy a. a. O. S. 26.

[2]) So auch Schneider, Iherings Jahrb. 51, 30. Vgl. auch Zeiler, Archiv für ziv. Praxis 103, 461 ff.

Vorschrift, die Verjährung zu einer zwingenden zu machen, stützt mehr unsere Auffassung wie die der Gegner. Der von uns vertretene Standpunkt wird dem Wesen der Verjährung am besten gerecht und widerspricht auch nicht dem Wortlaut des BGB., wenngleich anzuerkennen ist, daß die Entstehungsgeschichte für die Ansicht der Gegner spricht.[1])

2. Die Einrede des Wandlungs- und Minderungsanspruches (§ 462, § 478).

Wenn nach den Vorschriften der §§ 459, 460 des BGB. der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache zu vertreten hat, so hat der Käufer die Wahl, ob er Wandlung oder Minderung verlangen will (§ 462). In der Literatur[2]) ist nun bestritten, ob der Käufer diese den beiden ädilizischen Klagen (actio redhibitoria und quanti minoris) entsprechende Rechtsbehelfe auch ope exceptionis geltend machen kann. Im Folgenden ist der Kürze halber nur von der Wandlungseinrede die Rede. Soweit das Gesagte für die Minderungseinrede zutrifft, läßt es sich auf sie ohne Schwierigkeiten anwenden. Von der Erörterung der Streitfrage, wie die Wandlung oder Minderung vollzogen wird, kann hier abgesehen werden.[3]) Aus dem Gesetz (§ 478) ergibt sich, daß der Wandlungsanspruch für die Zeit *nach* seiner Verjährung, wenn nur die im § 478 genannten Voraussetzungen zutreffen, eine Einrede begründet, ohne weiteres. Es wäre nun aber eine offenbare Diskordanz des Gesetzes, wenn der Käufer, der vor Ablauf der Verjährung den betreffenden Mangel dem Verkäufer angezeigt oder eine der im § 478 S. 2 angeführten prozessualen Maßnahmen ausgeführt hat, zwar *nach* der Verjährung des Wandlungsanspruches die Zahlung des Kaufpreises verweigern dürfe, nicht aber schon *vorher*. Zu berücksichtigen ist ferner außer anderen Gründen, daß auch der Wortlaut des § 478 nicht zu dieser unverständlichen Konstruktion zwingt. Das Gesetz sagt, daß der Käufer *auch* nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises verweigern darf, womit der Gesetzgeber hat andeuten wollen, daß es selbstverständlich ist, daß er es auch schon vorher darf, denn sonst wäre das Wörtchen „auch" im Satze überflüssig. Es mag zugegeben werden, daß der Wortlaut des Gesetzes nicht zweifelsfrei ist — ein Zwang,

---

[1]) Über die Beseitigung der Verjährungseinrede durch Anerkenntnisvertrag vgl. Walsmann a. a. O. S. 124.

[2]) Neumann, Handausgabe des BGB. 1. Aufl. Bem. zu § 465, konstruiert diese beiden Einreden als Zurückbehaltungsrechte.

[3]) Vgl. dazu den trefflichen Aufsatz von Matthiaß „Die Wandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch", D. Jur.-Ztg. 1902 S. 205 ff., und Oertmann, Recht, 1904 S. 4 ff. Ersterer vertritt die Restitutions-, letzterer die Vertragstheorie.

die Worte des Gesetzestextes anders als in dem hier in Rede stehenden Sinn auszulegen, besteht jedoch keineswegs. Im Gegenteil, die Ausdrucksweise des Gesetzes hat sogar ihre Berechtigung. Daher überwiegt auch die hier im Text vertretene Ansicht.[1])

Die Einrede des Wandlungsanspruches ist aber scharf zu scheiden von dem Einwand des Wandlungsvollzuges, d. h. der Geltendmachung des Umstandes, daß durch den Vollzug der Wandlung die Kaufpreisforderung des Verkäufers weggefallen ist. Der Beklagte nämlich, der die vollzogene Wandlung geltend macht, beruft sich nicht auf das Wandlungsrecht, — denn dieses ist durch Verwirklichung erloschen — sondern auf das durch die Verwirklichung des Wandlungsrechtes herbeigeführte Erlöschen des Anspruchs. Er macht also eine rechtsverneinende Einwendung geltend.

Die Beantwortung der Frage, ob die Wandlungseinrede verzichtbar ist, hängt von der Entscheidung der Streitfrage ab, ob die Einrede als eine selbständige oder unselbständige gestaltet ist. Kommen wir zu dem Resultat, daß es sich um eine selbständige Einrede handelt, so dürften einem Verzicht mangels besonderer Gegengründe keine Bedenken entgegenstehen. Planck[2]) (ihm stimmt Oertmann zu) steht auf dem Standpunkt, daß die Wandlungseinrede eine selbständige ist, und begründet seine Auffassung damit, daß diese Annahme der Fassung des § 478 am meisten entspricht. Richtig ist aber die Ansicht[3]), welche diese Einrede als eine unselbständige betont. Sie steht auch mit dem Wortlaut und der Konstruktion des Gesetzes nicht im Widerspruch, als die Perpetuierung der Einrede über die Verjährung des Wandlungsanspruches hinaus ausdrücklich vorgeschrieben ist. Einer solchen Bestimmung hätte es im anderen Falle nicht bedurft, da bei der Annahme einer selbständigen Einrede diese von dem rechtlichen Schicksal des Wandlungsanspruches nicht beeinflußt werden würde. Das hat der Gesetzgeber aber offenbar nicht angenommen. Dem steht auch nicht entgegen, daß ein verjährter Anspruch die gesetzliche Grundlage der Einrede bildet. Die Wandlungseinrede also und dementsprechend ist auch die Minderungseinrede als eine unselbständige zu behandeln. Beide sind daher selbständig unverzichtbar, können daher

---

[1]) Staudinger, § 478, 1. RG. 71, 14; 73, 292. RG.-Komm. § 478, 1. Schaper, Wesen und Wirkung der Wandlungseinrede in Iherings Jahrb. 52, 233. Langheineken, § 12 S. 239. Ruhemann, S. 64. Anders Flegel S. 28. Schumacher S. 71, Crome S. 475.

[2]) Planck, § 222, 20. Oertmann, Recht der Schuldverh., § 478.

[3]) Vgl. Schaper a. a. O. S. 251. v. Tuhr, Allg. Teil § 17 S. 301. Walsmann, § 3 S. 119.

nur mit dem Wandlungs- bezw. Minderungsanspruch zusammen aufgehoben werden.[1])

3. Die Einrede des Bereicherungsanspruches (§§ 821, 812) und die Einrede des Anspruchs aus einer unerlaubten Handlung (§ 853).

Die letztere ist mit der ersteren inbezug auf ihre rechtliche Behandlung auf eine Basis zu stellen.

Auch über die rechtliche Gestaltung dieser Einreden besteht ein lebhafter Streit von weitgehender praktischer Bedeutung darüber, ob sie zu den selbständigen oder unselbständigen Einreden zu zählen sind. Die einen sagen[2]), der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit und die entsprechende Einrede haben nur die Entstehungstatsachen gemeinsam und bezeichnen sie als eine selbständige. Die andere Meinung steht auf dem Standpunkt, daß es sich um eine unselbständige Einrede handelt.[3]) Die erste Auffassung entspricht scheinbar auch der Fassung des § 821. Aber Voraussetzung für die Existenz der Einrede ist doch der Befreiungsspruch, nicht die Tatsachen, die den Anspruch zur Entstehung bringen. Nimmt man dies an, so ist zweifellos die Einrede eine unselbständige. Wir entscheiden uns daher für die letztere Alternative, und zwar beruht die Einrede des Bereicherungsanspruches auf dem Anspruch des Schuldners, vom Gläubiger Aufhebung der Forderung zu verlangen, während die Einrede aus einer unerlaubten Handlung sich darauf stützt, daß der Schuldner vom Gläubiger Aufhebung der aus einem Delikt des Gläubigers entstandenen Forderung verlangen kann. Es ist auch hier zu berücksichtigen, daß angesichts der so unglücklichen Gesetzesfassung die Auslegung als die richtige betrachtet werden muß, die dem Zweck des Rechtsinstituts am meisten gerecht wird.

Schon die bloße Existenz der §§ 821, 853 spricht für unsere Auffassung; denn sollte die Einrede nach Absicht des Gesetzgebers eine selbständige sein, so wäre die Bestimmung überflüssig, daß sie die Verjährung des Befreiungsanspruches überdauern solle; vielmehr wäre dann ein Hinweis darauf geboten, daß der Gesetzgeber sie als selbständige aufgefaßt wissen wollte.

Wenn nun weiter bestimmt ist, daß der Schuldner die Einrede, trotzdem der Befreiungsanspruch verjährt ist, noch geltend machen kann, so steht die im Text vertretene Ansicht mit dem Gesetz auch insofern

[1]) Vgl. Walsmann a. a. O. S. 196, der inhaltlich das Wandlungsrecht als ein besonders gestaltetes Rücktrittsrecht auffaßt und demgemäß zum Verzicht einseitige Erklärung genügen läßt.

[2]) So Planck, § 222, 3c. RG.-Komm. § 821.

[3]) Walsmann a. a. O. § 3 S. 118. v. Tuhr, § 17 S. 500.

nicht im Widerspruch, als zu berücksichtigen ist, daß trotz Verjährung der Anspruch nicht erloschen, sondern noch fortbesteht, nur daß sein Wert gemindert ist, die Einrede aber trotzdem noch auf ihm beruht. Daher sind sie unverzichtbar und können nur mit dem Anspruch zusammen aufgehoben werden. Dazu ist indessen gemäß § 397 BGB. ein Erlaßvertrag erforderlich.

4. Die Einrede aus einem Schuldbefreiungsvermächtnis (§ 2174).

Durch das Schuldbefreiungs-Vermächtnis erhält der Bedachte den Anspruch, von dem Erben die Befreiung von einer ihm gegen den Erblasser, dem Beschwerten oder einem Dritten obliegenden Schuld zu fordern. Wenn nun die Befreiung von einer Schuld des Bedachten gegen den Erblasser versucht ist, so kann der Bedachte sein Recht aus dem Vermächtnis auch dadurch geltend machen, daß er den Anspruch des Beschwerten auf Leistung gegenüber der Erfüllung verweigert, also einredeweise. Wir tragen auch keine Bedenken, da das BGB. inbezug auf das Schuldbefreiungs-Vermächtnis keine Bestimmungen trifft, den im § 821 ausgesprochenen Gedanken, daß der Verpflichtete die Erfüllung selbst dann noch verweigern kann, wenn der Anspruch auf Befreiung verjährt ist, auch analog auf den Anspruch aus einem Schuldbefreiungs-Vermächtnis mit allen seinen Folgerungen zu übertragen.[1]) Demnach werden also die Zweifel bezüglich der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit dahin beseitigt, daß die Einrede aus einem Schuldbefreiungs-Vermächtnis als eine unselbständige aufgefaßt wird und daher selbstständig nicht verzichtbar ist, sondern nur mit der Forderung auf Befreiung aufgehoben werden kann.[2])

5. Die Einrede des Anspruchs auf die im Besitze befindliche vermachte Sache.

Den Inhalt dieser Einrede erfaßt man am besten an einem Beispiel: X., der Erbe des A., klagt gegen den Besitzer B. auf Herausgabe einer Sache Y., die dem A. gehört, von ihm aber dem B. vermacht ist; dann kann B. den Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Sache Y. auf ihn einredeweise geltend machen. Die Erhebung dieser Einrede ist inhaltlich also nur die Geltendmachung der Vermächtnisforderung auf Übertragung des Eigentums, sie ist also eine unselbstständige Einrede und kann daher nur zusammen mit dem Anspruch ausgeschlossen werden. Eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung genügt nicht, sondern es ist ein Erlaßvertrag erforderlich.

[1]) Auch Regelsberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung in Iherings Jahrb. 41, 335, daß auch nach der Verjährung analog dem § 821 der Bedachte die Erfüllung einredeweise verweigern kann.

[2]) So auch Walsmann a. a. O. S. 118.

6. Die Einrede des dauernden Besitzrechtes (§ 986 Abs. 1 S. 1).

Es ist nicht unbestritten [1]), ob die Berufung auf das Recht zum Besitz eine Einrede oder eine Einwendung im Sinne des BGB. begründet. Die Ansicht, die dem Besitzer der Sache dem Eigentümer gegenüber eine Einrede aus dem Recht zum Besitz zuspricht, findet eine gewisse Stütze an dem Wortlaut des Gesetzes: „kann verweigern".

Für die Frage der Verzichtbarkeit dieser Einrede ist zu berücksichtigen, daß das Recht zum Besitz ein dingliches oder obligatorisches sein kann; es kann auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Im allgemeinen folgt dieses Einrederecht aus dem tatsächlichen Verhältnis, dem Zustand, und ist somit als Zustandsrecht anzusprechen. Daher ist die Einrede auch unverzichtbar und kann nur durch Aufhebung des Besitzzustandes beseitigt werden, d. h. durch Aufgabe des Besitzes. Ein Verzicht ist nicht möglich, da Gegenstand des Verzichtes nur Rechte und im Interesse des Verzichtenden aufgestellte Verfahrensvorschriften sein können, nicht ein tatsächliches Verhältnis. Mittelbar hat dann die Beseitigung des tatsächlichen Zustandes den Verlust der an ihn geknüpften Rechte zur Konsequenz.[2]) Ist der Besitzer kraft eines obligatorischen Rechtes zum Besitz berechtigt, dann kann die Einrede nur zusammen mit dem Forderungsrecht aufgehoben werden. Hat die Einrede ein dingliches Recht, etwa den Nießbrauch, zur Voraussetzung, so ist die Einrede als ein Ausflußrecht zu charakterisieren und teilt das Schicksal des dinglichen Rechts.[3])

7. Die Einrede der Pflichtteils-Berechtigung (§ 2319 Satz 1).

Wenn der in Anspruch genommene Miterbe selbst pflichtteilsberechtigt ist, dann muß ihm sein eigener Pflichtteil verbleiben, und die anderen Erben haben eine entsprechend größere Last zu tragen. Es hat also insoweit der pflichtteilberechtigte Miterbe eine Einrede, die auch durch § 2318 Abs. 3 dem Alleinerben eingeräumt ist, gegen den klagenden Pflichtteilsberechtigten. Dieser Einrede liegt ein Recht zugrunde, ohne daß zwar neben der Einrede ein Anspruch besteht, denn der Erbe kann von niemandem den Pflichtteil verlangen. Sie ist also eine unselbständige Einrede und daher unverzichtbar. Beseitigt kann

[1]) Verneint wird diese Einrede z. B. von Crome, § 36; Friedenthal a. a. O. S. 42; Hölder, Archiv f. ziv. Praxis 93, 76; Siber, S. 133 ff.; Schumacher, S. 71. Für die Einrede z. B. Groeben, S. 37; Wolff, S. 151; Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 986, 1.

[2]) So Walsmann a. a. O. S. 81. Dagegen für einseitigen Verzicht: Endemann, Lehrb. II § 40; Cosack, Lehrb. d. deutschen bürgerl. Rechts § 193 II 1.

[3]) Zustimmend Walsmann a. a. O. S. 84.

sie nur dadurch werden, daß das Recht auf den Pflichtteil selbst aufgehoben wird und damit auch die Einrede in sich zusammenfällt.

8. Die Einrede der beschränkten Haftung des Vermögensübernehmers (§ 419 Abs. 2) und die Einrede der beschränkten Haftung eines Ehegatten nach Teilung des Gesamtgutes (§ 1480 Satz 2).

Bei beiden Einreden wird auf die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften verwiesen (§§ 1990, 1991), so daß es zweckmäßiger ist, zunächst die Einrede der beschränkten Erbenhaftung zu behandeln.

Unmittelbar läßt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen, daß der Erbe auf die Einrede der Beschränkung seiner Haftung, die in mehreren Fällen von den Regeln über die dauernden Einreden ausgenommen wird, — z. B. erstreckt sich ihre Wirkung nicht auf Bürgschaft, Pfandrecht, Hypothek, Vormerkung — verzichten kann. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit des Verzichtes auf die Beschränkung der Haftung nur negativ erwähnt, insofern als im § 2012 gesagt wird, daß der Nachlaßpfleger nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten kann. Entsprechendes gilt nach Absatz 3 auch für den Nachlaßverwalter. Daraus ist mit Recht das argumentum e contrario gezogen worden, daß ein Verzicht auf die beschränkte Erbenhaftung möglich ist und der Erbe seiner beschränkten Haftung dadurch verlustig geht[1]), zumal auch besondere Gründe, welche die Verzichtbarkeit ausschließen könnten, nicht ersichtlich sind. Im Gegenteil spricht das Gesetz im § 1991 für die Verzichtbarkeit, indem es dem Erben freistellt, von seinen Haftungsbeschränkungen Gebrauch zu machen, er also durch Unterlassung der Berufung auf die beschränkte Haftung das Gleiche erreichen würde wie durch einen Verzicht. Zuzugeben ist, daß dieser Einwand kein gewichtiger Grund sein kann, da zwar im einzelnen Fall durch Unterlassung und Verzicht das gleiche Ergebnis erzielt werden kann, aber die Wirkungen des Verzichts stärker sind als die der Unterlassung. Durch den Verzicht geht die Einrede unter, nicht aber durch eine Unterlassung der Berufung auf die beschränkte Haftung. Immerhin bildet er aber eine Stütze für die Ansicht, welche einen Verzicht für zulässig erklärt. Gegenstand des Verzichtes ist ein Gestaltungsrecht, da die beschränkte Haftung nicht kraft Gesetzes eintritt, vielmehr dem Willen des Erben anheimgestellt ist. Durch die Geltendmachung dieses

[1]) Zustimmend Walsmann, § 2 S. 23. Vgl. auch Komm. d. RGR. § 2012, 3. Vgl. auch Walsmann, S. 115, daß ein Teilverzicht gegenüber einzelnen Gläubigern möglich ist.

Gestaltungsrechtes erreicht er die beschränkte Haftung. Was die Verzichtsaktion anbetrifft, so gibt uns das Gesetz darüber keinen Aufschluß, wie schon im § 4 angedeutet wurde. Daß ein Vertrag erforderlich ist, dafür liegen nicht die geringsten Anhaltspunkte vor. Es muß daher auch hier nach der allgemeinen Regel angenommen werden, daß eine einseitige formlose empfangsbedürftige Erklärung gegenüber allen Gläubigern genügt. Was für die Einrede der beschränkten Erbenhaftung gilt, muß auch für die Einrede der beschränkten Haftung des Vermögensübernehmers und die Einrede der beschränkten Haftung eines Ehegatten nach Teilung des Gesamtgutes Gültigkeit haben, da bei diesem inbezug auf die Haftungsbeschränkungen auf die Vorschriften verwiesen wird, die für die beschränkte Erbenhaftung Anwendung finden.

Gleiches muß auch für die Einrede der bereits erfolgten Ausschöpfung des Nachlasses (§ 1973 Abs. 1 Satz 1 und 2) gelten, da sie auf demselben Grundgedanken fußt.

9. Die Einrede der Unzulänglichkeit des Vermächtnisses (§ 2187 Abs. 1 und 2).

Entsprechend der beschränkten Haftung des Erben reicht die Haftung des mit einem Untervermächtnis beschwerten Hauptvermächtnisnehmers nicht weiter als auf dasjenige, was er selbst aus dem Hauptvermächtnis erhält; im übrigen kann er die Erfüllung des Anspruches des Untervermächtnisnehmers verweigern, hat also insoweit eine Einrede. Es ist nun unbedenklich die für die Einrede der beschränkten Erbenhaftung gefundenen Grundsätze inbezug auf die Verzichtbarkeit analog auf die Einrede der Unzulänglichkeit des Vermächtnisses anzuwenden, weil es sich hier auch um eine beschränkte Haftung zwar nicht des Erben, sondern des Hauptvermächtnisnehmers handelt, beiden Einreden aber derselbe Grundgedanke zugrunde liegt: es soll jemand nicht mehr verlangen können, als man selbst aus der Erbschaft erlangt hat. Demnach kann der in Anspruch genommene Vermächtnisnehmer auf diese Einrede verzichten, und zwar genügt auch hier die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit der Folge, daß er dieser Einrede verlustig geht. Gegenstand des Verzichtes ist das Einrederecht, kraft dessen der Berechtigte in der Lage war, die Geltendmachung des Vermächtnisanspruches des Untervermächtnisnehmers ganz oder zum Teil auszuschließen.

10. Die Einrede der Rechtswohltat des Notbedarfes (§ 519 Abs. 1) beneficium competentiae.

Wenn sich der Schenker in bedürftiger Lage befindet, so kommt ihm das Gesetz mit der Rechtswohltat des Notbedarfs zu Hilfe und

gewährt ihm eine Einrede gegen den noch unerfüllten Anspruch. Diesem negativen Recht entspricht kein positives Recht, insbesondere kein Anspruch. Sie ist also den selbständigen Einreden zuzurechnen, aber unverzichtbar, da besondere die Verzichtbarkeit ausschließende Gründe einem Verzicht entgegenstehen. Diese Gesetzesbestimmung bedeutet einmal für den Schenker eine Schutzvorschrift, um ihn gegen seinen eigenen Leichtsinn zu schützen. Der Zweck dieser Bestimmung würde aber vereitelt werden, wenn der Schenker auf diese Einrede verzichten könnte. Andererseits gebietet die Rücksicht auf das wegen der öffentlichen Armenpflege mitwirkende Staatsinteresse den Ausschluß des Verzichtes. Ein Verzicht würde mit den öffentlichen Interessen in Widerspruch geraten. Außerdem ist noch zu berücksichtigen, daß unter Umständen durch einen Verzicht eine dem Schuldner kraft Gesetzes obliegende Unterhaltspflicht verletzt werden würde. Wollte man einen Verzicht für zulässig erklären, so könnte sich jeder leicht auf diese Weise seiner Unterhaltspflicht entziehen.[1])

11. Die Einrede der Unerschwinglichkeit, d. h. der Unverhältnismäßigkeit des erforderlichen Aufwandes (§ 633 Abs. 2 S. 2).

Diese Einrede ist als selbständige vom Gesetz statuiert, wie der Wortlaut ergibt; insbesondere liegt ihr kein Anspruch zugrunde. Auf sie kann der Unternehmer verzichten, da andere, die Verzichtbarkeit hindernde Gründe nicht ersichtlich sind. Zum Verzicht genügt nach dem Grundsatz, daß auf Einreden einseitig verzichtet werden kann, die einseitige empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Besteller. Gegenstand des Verzichtes ist das Einrederecht, den Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels, wenn diese einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, auszuschließen. Die Wirkung des Verzichtes ist, daß das Einrederecht ipso iure erlischt, und der Unternehmer auch bei Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes die Beseitigung des Mangels nicht mehr verweigern kann.

Nach Langheineken[2]) hat der Erwerber eines Grundstücks, auf dem eine weder dem Grundstückserwerber bekannte noch im Grundbuch vermerkte Hypothek ruht, nur eine Einrede gegen den Anspruch des

[1]) Für den Ausschluß des Verzichts auch Hölder, Archiv f. ziv. Praxis, 93, 113 und v. Tuhr in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 72, 533. A. M. Walsmann a. a. O. S. 244, und Oertmann, § 519, 3. Staudinger, § 519 I, 2b, und RG.-Komm. § 519 I, erklären nur den vorausgeleisteten Verzicht für unwirksam und die herrschende Meinung. U. E. betrachtet die herrschende Meinung das öffentliche Interesse, aus dem heraus diese Vorschrift erwachsen ist, nicht genug, das einen Verzicht auch verbietet, wenn die bedürftige Lage des Schenkers eingetreten ist.

[2]) Anspruch und Einrede § 15 S. 275.

Hypothekengläubigers, da die Hypothek nicht erlischt. Seiner Ansicht ist nicht beizupflichten, sie entspricht auch nicht der herrschenden Meinung. Der gutgläubige Erwerb bewirkt auch hier wie bei beweglichen Sachen den Untergang des Rechts, so daß dem Erwerber nicht eine Einrede, sondern eine Einwendung zusteht.

12. Die Einrede des Verzichtversprechens bei einem Rechte an einem Grundstück.

Wenn sich der Berechtigte dem Eigentümer eines Grundstücks gegenüber verpflichtet hat, er werde auf sein Recht an dessen Grundstück verzichten oder von dessen Geltendmachung dauernd absehen, so verliert er dadurch noch nicht ohne weiteres sein Recht. Zuzustimmen ist aber Staudinger[1]), daß man darin einen Grund erblicken dürfe zur Verweigerung der geschuldeten Leistung seitens des betreffenden Eigentümers. Dieses Leistungsverweigerungsrecht ist eine unselbständige Einrede, da sie auf einem Anspruch, der dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage entspringt, beruht.. Auf sie kann daher nicht selbständig verzichtet werden. Beseitigt kann sie nur dadurch werden, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag wieder aufgehoben wird; dazu ist aber gemäß § 305 wieder ein Vertrag erforderlich; ein Verzicht genügt nicht, da nach unserer Begriffsbestimmung die Verzichtsaktion nur in einem solchen Vertrage bestehen kann, bei dem der andere Teil im wesentlichen nur zustimmt, nicht aber in einem Vertrage, der auf den gleichwertigen Erklärungen beider Parteien beruht.

13. Die Einrede der Schädigung durch Nichtbenachrichtigung (§ 1166 Satz 1).

Gemäß § 1166 BGB. kann der persönliche Schuldner, der im Falle der Befriedigung des Gläubigers vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, dessen Befriedigung wegen des Ausfalls, den er durch die Nichtbenachrichtigung seitens des Gläubigers von der von ihm betriebenen Zwangsvollstreckung in das Grundstück erleidet, verweigern. Diese Benachrichtigungspflicht ist vom Gesetz eingeführt, um dem persönlichen Schuldner Gelegenheit zu geben, daß er selbst mitbietet oder doch andere Personen zum Mitbieten veranlaßt, um so einen höheren Versteigerungserlös zu erzielen. Unterbleibt nun diese schuldhaft, so erwächst dem persönlichen Schuldner eine Einrede, d. h. er kann seine persönliche Haftung gegenüber der Schuldklage des Gläubigers insoweit verweigern, als er infolge der Unterlassung der

[1]) § 1157, 3.

[2]) Zustimmend Walsmann a. a. O. S. 118.

Benachrichtigung einen Schaden erleidet. Kann nun der persönliche Schuldner auf diese Einrede verzichten? Diese Frage muß bejaht werden, da die Verzichtbarkeit ausschließende Gründe nicht vorhanden sind, insbesondere ist die Unselbständigkeit nicht gegeben, da diese Einrede keinem positiven Recht entspricht, sondern sich nur in einem Leistungsverweigerungsrecht erschöpft.[1]) Zum Verzicht genügt auch hier wie überall die einseitige empfangsbedürftige Erklärung mit der Wirkung, daß die Einrede erlischt. Gegenstand des Verzichtes ist das Einrederecht, durch das er die Geltendmachung des Anspruchs des Gläubigers in Höhe des Schadens, den er durch die Nichtbenachrichtigung erleidet, ausschließt. Zu betonen ist, daß es kein Verzicht ist, wenn die Parteien bei Begründung des Schuldverhältnisses eine von der gesetzlichen Anzeigepflichtregelung abweichende Regelung der Anzeigepflicht vereinbaren, sondern hier handelt es sich wie überall in solchen Fällen um die Ausschaltung von dispositiven Rechtsnormen.

14. Die Einrede der Pietätlosigkeit (§ 1621).

Wenn eine minderjährige Tochter sich ohne die erforderliche Einwilligung der Eltern verheiratet, oder wenn eine noch nicht 21 Jahre alte, aber für volljährig erklärte Tochter sich verheiratet, ohne daß die erforderliche elterliche Einwilligung erteilt oder durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist, so können die Eltern die Aussteuer einredeweise verweigern. Ferner kann nach § 1621 Abs. 2 die Aussteuer einredeweise verweigert werden, wenn sich die Tochter einer Verfehlung schuldig gemacht hat, welche den in Anspruch genommenen Elternteil berechtigt, ihr den Pflichtteil zu entziehen. Welche Verfehlungen die Entziehung des Pflichtteils rechtfertigen, ergibt sich aus § 2333. Daß diese Einrede verzichtbar ist, dürfte mangels Gegengründen nicht zu bezweifeln sein.[2]) Zur Gültigkeit des Verzichtes genügt — wie zum Verzicht auf Einreden überhaupt — die einseitige formlose empfangsbedürftige Erklärung gegenüber der Tochter. Gegenstand des Verzichtes ist das Gestaltungsrecht, durch das die Eltern in die Lage versetzt werden, die Geltendmachung des Anspruchs der Tochter auf die Aussteuer auszuschließen. Wenn sich nun nachträglich die Eltern mit der Heirat der Tochter einverstanden erklären, liegt darin ein Verzicht auf die Einrede aus § 1621? Die Frage muß je nach Lage des Falles bejaht oder verneint werden.[3]) Bejaht muß sie dann werden, wenn die Eltern absichtlich ihr Einverständnis

[1]) Für Verzicht auch RG.-Komm. § 1116, 4. Walsmann a. a. O. S. 272.

[2]) Für Verzicht auch Opet und Blume Anm. 1 zu § 1621. Walsmann a. a. O. S. 288.

[3]) RG.-Komm. § 1621, 1.

nachträglich geben, um die Einrede zu Fall zu bringen, sonst liegt ein Fall des sogenannten gegensätzlichen Verhaltens vor, da der Fortbestand der Einrede zu dem Verhalten der Eltern im Widerspruch steht. Die Einrede erlischt auf jeden Fall, da die nachträgliche Zustimmung auf den Zeitpunkt der Eheschließung zurückwirkt. Bei nachträglicher Genehmigung gilt also die Einwilligung der Eltern zur Zeit der Eheschließung als vorhanden.

15. Die Einrede der Verkürzung des Vermächtnisses (§ 2188).

Daß der Vermächtnisnehmer den Anspruch auf Kürzung der ihm auferlegten Beschwerungen einredeweise geltend machen kann, geht aus der Fassung des Gesetzes deutlich hervor. Diese Einrede entspringt also dem Anspruche des Vermächtnisnehmers auf Kürzung der ihm auferlegten Beschwerungen und ist daher eine unselbständige. Sie kann infolgedessen nur mit dem Forderungsrecht zusammen aufgehoben werden, ein selbständiger Verzicht ist nicht möglich.

§ 6.

Der Verzicht auf die dilatorischen Einreden.[1])

1. Die Einrede der Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit.[2])

Beide stehen dem Bürgen (§ 770 Abs. 1, § 202 Abs. 2), dem Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstückes (§ 1137 Abs. 1 Satz 1) und dem Verpfänder (§ 1211 Abs. 1 Satz 1) zu. Es liegt nun nahe, diese beiden Einreden als Zustandsrechte zu behandeln. Daß diese Auffassung nicht richtig ist, ist von Walsmann[3]) in seiner Lehre vom Verzicht in überzeugender Weise dargelegt. Sie sind auch nicht etwa als unselbständige Einreden zu charakterisieren, die auf einem Anfechtungs- bezw. Aufrechnungsrecht basieren, sondern der Bürge, der Eigentümer wie auch der Verpfänder wehren sich auf Grund des fremden Anfechtungs- bezw. Aufrechnungsrechtes. Somit steht einem Verzicht insofern nichts entgegen. Hier wird weiter die Frage von Bedeutung, ob diese beiden Einreden wesentlicher Bestandteil der Bürgschaft sind und demgemäß zu ihrer Aufhebung ein inhaltändernder Vertrag und schriftliche Erklärung nach § 766 erforderlich ist. Diese Frage ist zu verneinen. Vgl. hierüber in diesem Abschnitt unter Ziffer 8. Der Verzicht wird somit wirksam nach der allgemeinen Regel durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung gegenüber

[1]) Ich halte mich auch hier im wesentlichen an die Aufzählung bei Langheineken, Anspruch und Einrede, § 17.

[2]) Vgl. § 3 S. 25 dieser Arbeit, wo bereits auseinandergesetzt ist, ob eine Einrede vorliegt.

[3]) Vgl. Walsmann a. a. O. S. 121 und 111.

dem Gläubiger mit der Wirkung, daß sie erlöschen. Der Bürge begibt sich also des Einrederechtes, das ihn in die Lage versetzte, vorläufig die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange die in § 770 vorgesehenen Tatbestände existieren. Wenn er aber trotz dem Bestand der Einrede die Leistung bewirkt, so geht die Einrede unter, weil sich sein Verhalten nicht mit dem Fortbestand der Einrede verträgt. Ein Verzicht ist das aber nicht.

2. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus, § 320, 321).

Dieses Einrederecht folgt notwendig aus der inneren Natur des Schuldverhältnisses bei gegenseitigen Verträgen. Sie bezweckt, eine Leistung im Wege der Einrede zu fordern, und zwar handelt es sich um eine Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrag. Das Wesen der gegenseitigen Verträge besteht in einem Austausche von wechselseitigen Leistungen, die für dieses Schuldverhältnis begrifflich notwendig sind. Leistung und Gegenleistung stehen hier in einem äußerst engen Zusammenhang. Nur wegen der Gegenleistung will hier jeder Teil die von ihm übernommene Leistung bewirken. Die Gegenleistung gehört zum Inhalt des Schuldverhältnisses. Ein Ausschluß der Einrede würde bewirken, daß der Anspruch auf die Gegenleistung nicht mehr in Gestalt der Einrede geltend gemacht werden kann und zugleich die Vorleistungspflicht des einen Teiles begründet wird. Es wird somit eine Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses herbeigeführt, was sich besonders darin äußert, daß gemäß § 322 eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nicht mehr erfolgen kann. Es ist demnach gemäß § 305 ein inhaltändernder Vertrag erforderlich.[1]) Es genügt nicht einmal ein Verzicht in Form des Erlasses gemäß § 397.[2])

Ein ganz anderes Bild zeigt die Einrede des § 321. Wenn die eine Vertragspartei bei einem gegenseitigen Vertrag vorleisten muß und nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, so kann der vorleistungspflichtige Teil die eigene Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern. Der an sich zur Vorleistung Verpflichtete erhält durch § 321 aber lediglich nur eine dilatorische Einrede. § 321 gewährt ihm nicht etwa auch das Recht, bei Vermögensverschlechterung des Gegners seinerseits auf Leistung Zug um Zug oder auf Sicherheitsleistung zu klagen. Es handelt sich

[1]) Zustimmend Walsmann a. a. O. S. 11. Eccius a. a. O. S. 6.

[2]) RG.-Komm. § 320, 4 erklärt den Verzicht für zulässig, ebenfalls v. Tuhr in der Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 72 S. 533.

also bei dieser Einrede mit anderen Worten nicht um eine unselbständige, der ein Anspruch zugrunde liegt, sondern um eine selbständige Einrede, auf die der Vorleistungspflichtige einseitig verzichten kann. Sie ist auch, wie Walsmann[1]) ganz richtig bemerkt, kein wesentlicher Bestandteil des gegenseitigen Vertrages, wie wir auch in dem § 4 dieser Arbeit ganz allgemein für Einreden dargetan geglaubt haben, so daß etwa aus diesem Grunde ein inhaltändernder Vertrag erforderlich wäre.

3. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes.

Die Einrede verfolgt den Zweck, den Schuldner davor zu bewahren, daß er eine Leistung bewirken muß, während eine mit dieser im rechtlichen Zusammenhang stehende, ebenfalls fällige Gegenleistung noch aussteht. Sie begründet keinen Anspruch, sondern gewährt dem Schuldner nur einen Rechtsbehelf zur Abwehr. Voraussetzung für ihre Geltendmachung ist aber, daß der Zurückbehaltungsberechtigte eine selbständige Forderung hat. Daraus folgt, daß sie eine unselbständige Einrede darstellt und bewirkt ferner, daß sie nur durch Beseitigung des zugrunde liegenden Anspruchs aufgehoben werden kann; ein selbständiger Verzicht ist nicht möglich.[2]) Wenn die Parteien von vornherein die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes ausschließen, so ist das möglich, da § 273 dispositiven Charakter trägt; aber ein Verzicht ist das nicht, sondern nur die Ausschaltung von dispositiven Rechtsnormen. Wenn der Zurückbehaltungsberechtigte den Besitz aufgibt, so geht ihm das Zurückbehaltungsrecht verloren; auch dies ist kein Verzicht, sondern ein Fall des sogenannten gegensätzlichen Verhaltens, d. h. der Berechtigte verliert die Einrede, weil sich seine Handlung mit dem Fortbestand der Einrede in Widerspruch setzt.

4. Die Einrede der Verweisung auf die unter Vorbehalt der Rücknahme hinterlegte Sache (§ 379 Abs. 1).

Unter bestimmten Voraussetzungen, die im § 372 ff. näher geregelt sind und hier nicht interessieren, kann der Schuldner die geschuldete Sache hinterlegen und zwar auf zweifache Weise: entweder wählt er die unwiderrufliche oder die widerrufliche Hinterlegung. Im letzteren Falle, der für diese Arbeit nur allein in Betracht kommt, hat sich der Schuldner des Rechts noch nicht begeben, die hinterlegte Sache

[1]) Walsmann a. a. O. S. 238.

[2]) So auch Walsmann a. a. O. S. 118. Cohn a. a. O. S. 277 und Caspers v. a. O. S. 11 erklären einen Verzicht für zulässig, fordern aber einen Vertrag. Sie kommen also zu gleichem Resultat wie hier. Der RG.-Komm. erklärt ebenfalls den Verzicht für zulässig, ohne eine Andeutung über die Verzichtshandlung zu machen; ebenfalls v. Tuhr in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 72, 533.

zurücknehmen zu dürfen, sondern er hat durch die Hinterlegung nur das Recht erlangt, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen. Das bedeutet aber, daß er dem Anspruch des Gläubigers auf Leistung eine Einrede entgegensetzen darf, und zwar ist sie eine verzögerliche, da sie nur solange wirkt, als die Hinterlegung besteht.[1]) Falls die Einrede berechtigt ist, bewirkt ihre Geltendmachung aber nicht, daß das Schuldverhältnis in irgend einer Weise beeinflußt wird. Das hat zur Folge, daß der Schuldner durch den Gebrauch nicht das Rücknahmerecht verliert, wie auch der Gläubiger keinen Anspruch auf die hinterlegte Sache gewinnt. Daß durch die Verweisung auf die mit Vorbehalt der Rücknahme hinterlegte Sache der Schuldner das Rücknahmerecht nicht verliert, ergibt deutlich § 376, wo gesagt ist, in welchen Fällen das Recht zur Rücknahme ausgeschlossen ist, während § 379 Abs. 1 für den Fall, daß die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen ist, bestimmt, daß dann der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen kann. Wenn aber das Recht zur Zurücknahme durch Verweisung auf die hinterlegte Sache nicht ausgeschlossen wird, besteht auch der Anspruch auf Rücknahme der Sache fort, der aber in diesem Fall auch in Form einer Einrede geltend gemacht werden kann und demgemäß eine unselbständige Einrede darstellt. Ein Ausschluß ist nur durch Beseitigung des zugrunde liegenden Anspruchs möglich; ein einseitiger Verzicht ist ohne rechtliche Wirkung.

5. Die Einrede der Bestrittenheit des Anteils an einer Belohnung (§ 660 Abs. 2).

Wenn einer der Beteiligten bei der Auslobung die Verteilung als unverbindlich ansieht, ist dem Auslobenden gegen alle Beteiligten die im Abs. 2 § 660 vorgesehene Einrede gegeben, d. h. er kann die Erfüllung so lange verweigern, als nicht die Anerkennung der Entscheidung seitens aller Teilnehmer vorliegt oder im Falle eines Rechtsstreites zwischen den Beteiligten ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist.

Kann nun der Berechtigte auf diese Einrede verzichten? Diese Frage muß bejaht werden[2]), da sie als eine selbständige Einrede anzusprechen ist; denn man kann keinen Anspruch des Auslobenden gegen die Beteiligten, die Verteilung als verbindlich anzuerkennen, konstruieren, sondern ihm ist lediglich nur ein Verweigerungsrecht eingeräumt. Sonstige Gründe, die der Verzichtbarkeit entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich. Zum Verzicht genügt kraft des allgemeinen Grundsatzes die einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die

[1]) Vgl. RG. 59, 170.

[2]) So auch Walsmann a. a. O. S. 120.

nur einem der Beteiligten gegenüber abgegeben zu werden braucht mit der Wirkung, daß die Einrede ipso iure erlischt und somit auch zugunsten der übrigen Betroffenen wirkt. Durch den Verzicht verliert der Auslobende das Recht, die Erfüllung solange zu verweigern, bis die Beteiligten den Streit über ihre Berechtigung unter sich ausgetragen haben.

6. Die Einrede der mangelnden Urkundenvorlegung. (§ 1160 Abs. 1).

Bei Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden, über die ein Brief erteilt ist, braucht der Verpflichtete nur gegen Vorlegung des Briefes und der sonstigen Urkunden, die den Inhaber als Gläubiger legitimieren, zu leisten. Diese Beschränkung ist im Gesetz als Einrede statuiert worden, wie sich aus der Fassung ergibt. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Erhebung der Einrede ist, daß der zum Widerspruch Berechtigte die Vorlegung der Urkunden verlangt hat. Daraus folgt, daß die Einrede auf diesem Anspruch beruht und als unselbstständige Einrede auch nur mit diesem zusammen aufgehoben werden kann.[1]) Einseitiger Verzicht ist nicht genügend, sondern die Verzichtsaktion besteht hier in einem Vertrage, bei dem der andere Teil im wesentlichen nur zustimmt, wobei davon ausgegangen wird, daß § 1160 dispositives Recht enthält. Ein Verzicht liegt überhaupt nicht vor, wenn von vornherein die Rechte des § 1160 ausgeschaltet werden, sondern es handelt sich dann um den Ausschluß von dispositiven Bestimmungen.

7. Die Einrede des Nichtwiderrufes der Anzeige einer Rechtsübertragung (§ 409 Abs. 1, § 576 Abs. 1).

Hat ein Gläubiger seinem Schuldner angezeigt, daß er die Forderung an einen Dritten übertragen habe, so kann der Schuldner die Leistung dem früheren Gläubiger gegenüber verweigern, auch wenn die Übertragung nicht wirksam oder nicht erfolgt ist, es sei denn, daß die Anzeige mit Zustimmung des Dritten zurückgenommen ist. Andererseits schließt § 409, da er lediglich eine Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners darstellt, das Recht des Schuldners nicht aus, trotz der ihm gemachten Anzeige die Nichtigkeit der Zession geltend zu machen und daraufhin die Leistung dem angeblichen Zessionär auf seine Gefahr hin zu verweigern.[2]) Gleiches gilt auch zwischen Ver-

[1]) Staudinger, § 1160 II 1 B. A. M. Walsmann a. a. O. S. 125, 271. Vgl. auch RG. 57, 315. Zum gleichen Resultat wie Walsmann und das RG. kommen auch wir.

[2]) RG. 93, 75.

mieter und Mieter, wenn jener die Forderung auf einen Dritten überträgt. Durch die Anzeige gewinnt der Schuldner lediglich das Recht, die Leistung dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber zu verweigern. Er erlangt also ein Einrederecht, das einseitig verzichtbar ist, sofern nicht besondere Gründe die Verzichtbarkeit ausschließen. Als solcher Grund könnte nur in Frage kommen, daß es sich um eine unselbstständige Einrede handelt. Eine solche setzt aber voraus, daß ihre Existenz von einem Anspruch abhängig ist. Ein solcher ist dem Schuldner bezw. Mieter nicht eingeräumt. Für die Verzichtbarkeit spricht auch der Umstand, daß der Schuldner die Leistung an den ursprünglichen Gläubiger bewirken kann; allerdings erlischt die Einrede in diesem Falle nicht durch Verzicht, sondern infolge gegensätzlichen Verhaltens des Schuldners. Das bedeutet, daß der Schuldner die Einrede nur deshalb einbüßt, weil er eine Handlung vorgenommen hat, die sich mit dem Fortbestand der Einrede nicht verträgt. Weiter findet die Annahme der Verzichtbarkeit eine Stütze darin, daß diese Vorschrift offenbar zugunsten des Schuldners geschaffen ist. Vereinbaren aber Gläubiger und Schuldner bei Begründung der Forderung, daß bei einer Anzeige der Übertragung der Schulden auch dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber die Leistung nicht verweigern dürfe, so ist das kein Verzicht, sondern die Ausschaltung von dispositiven Rechtsnormen.

8. Die Einrede der Vorausklage des Bürgen (§ 771, § 773 Nr. 1).

In diesem Zusammenhang muß zunächst noch auf den § 239 hingewiesen werden. Der Absatz 2 dieser Bestimmung spricht davon, daß die Bürgschaftserklärung den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten muß. Aber dieser Verzicht ist kein wirklicher Verzicht.[1]) Die Einrede der Vorausklage hat ihre Basis in der Bürgschaft selbst, vorher existiert sie nicht. Wenn nun die Bürgschaftserklärung, die nach § 766 schriftliche Form erfordert, es sei denn, daß die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist (§ 350 HGB.), den Verzicht auf die Einrede enthalten muß, d. h. daß dieser Verzicht in die schriftliche Bürgschaftserklärung aufgenommen werden muß[2]), kommt die Einrede garnicht zur Entstehung. Es ist also kein Recht vorhanden, auf das verzichtet werden kann. Man könnte nun noch an einen antizipierten Verzicht denken. Aber die gesetzliche Vorschrift,

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 280.

[2]) So auch Walsmann a. a. S. S. 280. Planck, § 239, 2 z. T. a. M. Warneyer, § 239. Oertmann, § 239.

die dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zuspricht, ist eine dispositive Bestimmung, d. h. sie gilt nur, falls die Parteien nicht etwas anderes vereinbaren. Eine solche Abmachung ist dann nicht antizipierter Verzicht, sondern die Ausschaltung dispositiver Rechtsnormen. Ob die Parteien in diesem Falle zu dem angeblichen „Verzicht" gezwungen werden, ändert an der rechtlichen Lage nichts. Tatsache bleibt, daß die in Frage kommende gesetzliche Vorschrift abringbar ist.

Gemäß § 771 steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu. Dieses Recht kann nach § 773 Ziff. 1 ausgeschlossen werden, wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet. Hier muß scharf geschieden werden, ob schon bei der Verbürgung verzichtet wird oder nachträglich. Im ersten Falle liegt überhaupt kein wirklicher Verzicht vor, da die Einrede der Vorausklage noch nicht vorhanden ist, ein Verzicht auf sie in diesem Stadium also noch nicht möglich ist. Es könnte höchstens ein antizipierter Verzicht in Frage kommen, aber auch dieser scheidet aus demselben Grunde aus wie vorher. Für diese Arbeit interessiert also nur der nachträgliche Verzicht. Daß die Einrede überhaupt verzichtbar ist, ist im Gesetz ausdrücklich bestimmt. Die Kernfrage ist nur die, in welcher Weise der Verzicht erfolgen muß. Die Lösung hängt davon ab, ob die Einrede der Vorausklage als wesentlicher Bestandteil der Bürgschaft aufgefaßt werden muß, oder mit anderen Worten, ob durch den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage die Bürgschaft eine wesentlich andere wird als vorher. Das Wesen der Bürgschaft besteht in der Übernahme der Verpflichtung dem Gläubiger eines Dritten gegenüber, für die Erfüllung der Schuld dieses Dritten persönlich einzustehen und die dadurch bedingte Abhängigkeit von der Hauptschuld. Aus dieser Begriffsbestimmung, die dem § 765 Abs. 1 entnommen ist, geht klar hervor, daß zum Begriffe der Bürgschaft nicht die Einrede der Vorausklage gehört, mithin sie auch nicht wesentlicher Bestandteil der Bürgschaft sein kann und daher gemäß § 305 kein inhaltändernder Vertrag und schriftliche Form nach § 766 zum Verzicht erforderlich ist. Eine Stütze findet diese Behauptung in dem § 349 HGB., nach dem bei der Handelsbürgschaft die Einrede der Vorausklage überhaupt ausgeschlossen ist. Man wird aber schwerlich behaupten können, daß diese Bürgschaft eine andere ist, was sich auch schon daraus ergibt, daß das HGB. besondere Bestimmungen nicht getroffen hat, sondern, da es sich um die im BGB. geregelte Bürgschaft handelt, diese Vorschriften Geltung haben, sonst wäre ein Hinweis auf die analoge Anwendung geboten. Immerhin ist die subsidäre Haftung des Bürgen das normale, aber begrifflich notwendig ist sie nicht. Es genügt also auch hier zum Verzicht die einseitige formlose

empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Gläubiger.[1]) § 239 kann nicht als Beleg für das Erfordernis der Schriftlichkeit verwendet werden, da er einen wirklichen Verzicht nicht enthält.

9. Die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung (§§ 258 Satz 2, 811 Abs. 2, 876 Satz 3) und die Einrede der mangelnden Ausgleichung eines Fehlbetrages (§ 526 S. 1).

Wenn jemand berechtigt ist, von einer Sache eine Einrichtung wegzunehmen (ius tollendi), hat er das Wegnahmerecht auch dann noch, wenn die Sache bereits in den Besitz des andern gelangt ist. Alsdann hat dieser aber die Einrede der Verweigerung der Gestattung der Wegnahme bis zur Sicherheitsleistung. Oder wenn jemand zur Vorlegung einer Sache oder Urkunde verpflichtet ist, kann er diese verweigern, bis Kostenvorschuß und wegen der Gefahr Sicherheit geleistet ist. Endlich kann nach § 867 der Besitzer eines Grundstückes die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache verweigern, bis Sicherheit geleistet ist. Daß es sich in all diesen Fällen um eine selbständige Einrede handelt, die einen Anspruch auf Sicherheitsleistung bezw. Schadensersatz nicht zur Voraussetzung hat, von ihm nicht abhängig ist, geht aus § 867 klar hervor. Nach dem letzten Satze dieser Bestimmung versagt die Einrede, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, ohne daß aber der Grundstücksbesitzer seinen Anspruch auf Schadensersatz einbüßt. Andererseits gewähren diese Bestimmungen nicht auch das Recht, auf Sicherheitsleistung zu klagen, sondern es ist lediglich auf das Verweigerungsrecht beschränkt.

Gleiches gilt auch für die Einrede aus § 526. Diese Vorschrift gewährt dem Schenknehmer unter bestimmten Voraussetzungen einen doppelten Rechtsbehelf: eine Einrede gegen die Forderung auf Vollziehung der Auflage und ein Ersatzanspruch, wenn er diese bereits vollzogen hat. Beide Rechtsbehelfe richten sich auf den durch den tatsächlichen oder rechtlichen Mangel entstandenen Fehlbetrag. Auch aus dieser Bestimmung ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß dieser Einrede kein Anspruch auf Nachzahlung des Fehlbetrages zugrunde liegt, diesen hat der Schenknehmer eben erst, wenn er die Auflage bereits vollzogen hat; vorher ist ihm nur eine verzögerliche Einrede gewährt.

Diese Einreden als Zustandsrechte aufzufassen, liegt kein Grund vor und widerspricht auch der Regelung des Gesetzes. Somit unterliegt ein Verzicht, der durch einseitige Erklärung ausgeübt wird, keinem

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 250. Caspers a. a. O. S. 15. A. M. Planck, § 773, 1. RG.-Komm. § 773, 2. Staudinger § 773,1.

Bedenken.[1]) Gegenstand des Verzichtes ist das Einrederecht, welches ihn in die Lage versetzte, die Gestattung der Wegnahme und Aufsuchung, die Vorlegung von Sachen, die Vollziehung der Auflage bis zur Sicherheitsleistung bezw. Ausgleichung des Fehlbetrages zu verweigern.

10. Die Einrede der Ungeteiltheit des Nachlasses bei Erbenmehrheit (§ 2059 Abs. 1 S. 1).[2])

Diese Einrede, die vom Gesetz, wie die Fassung ergibt, als selbständige statuiert ist, ist eine aufschiebende, da sie nur bis zur Teilung des Nachlasses besteht. Sie verfolgt einen ähnlichen Zweck wie die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, dort den Zugriff des Nachlaßgläubigers auf sein eigenes Vermögen für bestimmte Zeit auszuschließen, hier für immer. Wir tragen deshalb keine Bedenken, die dort gefundenen Grundsätze hinsichtlich des Verzichtes auf diese Einrede entsprechend anzuwenden, so daß einseitiger Verzicht zulässig ist[3]), der nur einem Nachlaßgläubiger gegenüber abgegeben zu werden braucht, um für alle zu wirken. Gegenstand des Verzichts ist das Einrederecht, vermöge dessen der Erbe den Zugriff der Nachlaßgläubiger auf sein sonstiges Vermögen abwehren konnte.

11. Die Einrede der mangelnden Erstattung des berichtigten Kaufpreises (§ 1100 S. 1).

Die Anwendung des § 1100 setzt nun voraus, daß das Eigentum auf den Käufer bezw. dessen Rechtsnachfolger bereits übergegangen ist und nunmehr das Vorkaufsrecht geltend gemacht wird. In diesem Falle gewährt das Gesetz gegenüber dem Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und Herausgabe des Grundstücks bis zur Erstattung des vom Käufer bereits ausgelegten Kaufpreises eine Einrede. Sie ist eine selbständige Einrede und nicht nur ein Anwendungsfall der Zurückbehaltungseinrede. Daß sie nicht auf einem Anspruch beruht, einen solchen nicht zur Voraussetzung hat, beweist deutlich der Satz 2, nach welchem dem Käufer erst nach erfolgter Eintragung des Vorkaufsberechtigten als Eigentümer ein Anspruch auf Erstattung des berichtigten Kaufpreises zusteht, vorher nicht. Auf diese selbständige Einrede kann einseitig verzichtet werden.[4]) Die Zulässigkeit eines Verzichtes geht schon daraus hervor, daß der Käufer durch die Zustimmung und

[1]) So auch Walsmann a. a. O. S. 120.

[2]) Auch bei dieser Einrede besteht Streit, ob sie eine materiell-rechtliche oder lediglich eine prozessuale ist. Sie ist eine materiell-rechtliche und nicht lediglich ein prozessuales Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung. Dieser Streit ist für die hier interessierenden Fragen belanglos.

[3]) Für Verzicht auch Walsmann a. a. O. S. 125.

[4]) So auch Walsmann a. a. O. S. 125.

Herausgabe das gleiche Resultat erreichen kann, aber kein Grund vorliegt, dem Einredeberechtigten auf Umwegen zum Ziel gelangen zu lassen. Zu beachten ist jedoch, daß im letzteren Fall ein Verzicht nicht vorliegt, sondern das Erlöschen der Einrede infolge gegensätzlichen Verhaltens eintritt, d. h. also, die Handlungsweise des Käufers setzt sich mit dem Fortbestand der Einrede in Widerspruch. Die Einseitigkeit des Verzichts ergibt sich aus allgemeinen Regeln. Gegenstand des Verzichts ist das Gestaltungsrecht, kraft dessen der Käufer den Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Zustimmung zur Eintragung und Herausgabe des Grundstücks auf bestimmte Zeit auszuschließen vermag.

12. Die Einrede der Stundung.

In der Literatur[1]) ist bestritten, ob das Gesetz eine Einrede der Stundung kennt. Diese Frage ist auch von großer praktischer Bedeutung. Es mag nur erwähnt werden, daß die Nichtfälligkeit des Anspruchs von Amtswegen zu berücksichtigen ist, nicht aber die Einrede der Stundung. Langheineken lehnt diese Einrede mit der Begründung ab, daß die Einrede der Stundung nur ein spezieller Fall der betagten Forderung sei. Ferner könnte unter Stundung nicht die nachträgliche Hinausschiebung verstanden werden, da eine Stundung auch sofort bei Begründung des Schuldverhältnisses vereinbart werden könne. Allein Langheineken übersieht, daß die Unterscheidung deutlich im Gesetz gemacht ist. Wird die Stundung nachträglich vereinbart, so kommt § 202 in Frage,[2]) andernfalls liegt der Tatbestand des § 199 vor.[3]) Im übrigen liegt es nicht im Rahmen dieser Arbeit, eingehend die Gründe, welche für und wider die Einrede der Stundung sprechen, zu behandeln. Für diejenigen, welche die Existenz dieser Einrede verneinen, kommt ein Verzicht nicht in Betracht. Wird aber, wie hier[4]), davon ausgegangen, daß es eine Einrede der Stundung gibt, ist natürlich auch die Frage der Verzichtbarkeit zu prüfen. Ein selbstständiger Verzicht ist aber ausgeschlossen, da es sich um eine unselbstständige Einrede handelt. Diese Einrede entspringt dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage und beruht auf dem Anspruch gegen den Gläubiger, die Forderung nicht geltend zu machen, bis eine bestimmte Frist abgelaufen ist. Beseitigt kann sie nur dadurch werden,

[1]) Verneint wird diese Einrede z. B. von Langheineken (Anspruch und Einrede § 18 S. 314 ff.), Friedenthal (a. a. O. S. 43 ff.), Ruhemann (a. a. O. S. 69), Geier (a. a. O. S. 24), Flegel (a. a. O. S. 23), Suppes (a. a. O. S. 32), Schüller (Begriff und Wirkung der Stundung).

[2]) So auch RG.-Komm. § 202.

[3]) So auch Groeben (a. a. O. S. 40), Oertmann (§ 202 II), Endemann (I, § 88, Anm. 45 u. a.).

[4]) Für einseitigen Verzicht Fels a. a. O. S. 27; aber Fels verkennt die Natur dieser Einrede.

daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag wieder aufgehoben wird, dazu ist aber gemäß § 305 wieder ein Vertrag erforderlich. In diesem Falle wie auch in all den andern, in denen ein selbstständiger Verzicht nicht möglich ist, steht den Parteien nichts im Wege, daß sie vereinbaren, der Berechtigte dürfe die Einrede nicht geltend machen. Diese Vereinbarung hat nur Bedeutung unter den Parteien und hat keine absolute Wirkung wie der Verzicht.

13. Die aufschiebenden Einreden des Erben aus § 2014, 2015, § 1489 Abs. 2.

Sie verfolgen den Zweck, dem Erben zu ermöglichen, sich, ohne dem vorzeitigen Zugriffe der Nachlaßgläubiger ausgesetzt zu sein, über den Bestand des Nachlasses Gewißheit zu verschaffen, um dadurch nötigenfalls eine spätere Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß herbeiführen zu können. Über die Natur dieser Einrede besteht lebhafter Streit. Nach der einen Ansicht handelt es sich nur um prozessuale Rechte, die bestimmt sind, die Durchführung der Zwangsvollstreckung hinauszuschieben.[1]) Demgegenüber hält die herrschende Meinung[2]) daran fest, daß hier wirkliche Einreden, also materiellrechtliche Leistungsverweigerungsrechte in Frage stehen. Dem ist beizutreten, da die Bedeutung der Einreden, die Leistung zu verweigern, auch bei ihnen zu konstatieren ist; denn der Erbe kann zur Leistung nicht gezwungen werden, ihre Wirkung ist lediglich etwas abgeschwächt.[3])

Was die Verzichtbarkeit anlangt, so ist zu berücksichtigen, daß dem Erben nur ein Verweigerungsrecht durch die §§ 2014 und 2015 eingeräumt ist, ihm aber kein Anspruch gegen den Nachlaßgläubiger auf Nichtgeltendmachung seiner Forderung innerhalb der in den §§ 2014 und 2015 bestimmten Fristen zusteht. Mit anderen Worten, sie sind also selbständige Einreden. Man könnte noch annehmen, daß es sich um Zustandsrechte handelt, die dem Erben aus seiner Erbenstellung erwachsen. Dem steht jedoch entgegen, daß dann alle Einreden des Erben Zustandsrechte sein müßten und demgemäß unverzichtbar sind und somit auch die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, deren Verzichtbarkeit aber — wenn auch nur negativ — vom Gesetz anerkannt ist. Deshalb dürfte es richtiger sein, auch diesen Einreden den Charakter als Zustandsrechte abzusprechen. Viel bedeutungsvoller ist der § 1978, der gegen einen Verzicht zu sprechen scheint, als der

[1]) So u. a. Staudinger, § 2015.

[2]) Z. B. RG.-Komm. § 2014 Ziff. 4.

[3]) Auf die Streitfrage hier näher einzugehen würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, ist auch zur Erreichung ihres Zwecks nicht erforderlich. Vgl. hierüber v. Winterfeld: Die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug.

Erbe unter in dieser Bestimmung näher geregelten Voraussetzungen verpflichtet ist, von den aufschiebenden Einreden Gebrauch zu machen, dies ihm aber verschlossen ist, wenn er vorher verzichtet hat. Doch ist zu beachten, daß § 1978 nicht im öffentlichen Interesse, sondern im Interesse der Nachlaßgläubiger geschaffen ist und diese sich bei etwa durch den Verzicht eintretendem Schaden schadlos halten können, so daß der Erbe auf seine eigene Gefahr hin verzichtet. Das Resultat ist also: Die aufschiebenden Einreden des Erben sind verzichtbar[1]), der Verzicht erfolgt gemäß der allgemeinen Regel durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung, der allen Nachlaßgläubigern gegenüber erklärt werden muß.

Man hat behauptet, daß in dem Schweigen des Erben auf die Mahnung des Nachlaßgläubigers hin ein Verzicht auf die Geltendmachung der Einreden gesehen werden muß.[2]) Das ist nicht ganz zutreffend. Ein Verzicht könnte nur in Frage kommen, wenn der Erbe absichtlich die Geltendmachung der Einreden unterläßt, da die Aufhebung gemäß dem Verzichtsbegriff stets eine gewollte sein muß.

Wenn der zukünftige Erbe mit den Nachlaßgläubigern vereinbart, daß er von den aufschiebenden Einreden keinen Gebrauch machen wolle, ist das Verzicht? Nein, sondern nur die Ausschaltung von dispositiven Rechtsnormen. Diese Vereinbarung ist dann unter der Bedingung, die eine Rechtsbedingung ist, geschlossen, daß er Erbe wird. Das Gleiche gilt, wenn der Erbe vor der Annahme der Erbschaft auf die Einrede aus § 2014 oder vor Stellung des Antrages auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger auf die Einrede aus § 2015 „verzichtet", um diesen Ausdruck der Kürze halber hier einmal zu gebrauchen. In all diesen Fällen ist die Einrede noch gar nicht zur Entstehung gelangt, so daß ein Verzicht nicht möglich ist. Ein antizipierter Verzicht scheidet aus den gleichen Gründen aus wie bei der Einrede der Vorausklage (vgl. Ziffer 8 dieses Paragraphen).

§ 7.

Schlußbetrachtung.

Das Ergebnis der vorangehenden Arbeit ist in Kürze folgendes:

1) Der Verzicht auf Einreden ist ein Rechtsgeschäft.

2) Die Einreden bilden keinen wesentlichen Bestandteil des Schuldverhältnisses mit Ausnahme der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

3) Die grundsätzliche Möglichkeit eines Verzichts auf Einreden ist im Gesetz anerkannt.

[1]) Für Verzicht auch Walsmann a. a. O. S. 125.
[2]) Winterfeld a. a. O. S. 64.

4) Für die Frage der Verzichtbarkeit ist bei jeder Einrede zu prüfen, ob sie eine unselbständige Einrede, ob sie ein Zustandsrecht, oder ob sie im öffentlichen Interesse gegeben ist. Ist dies der Fall, ist die betreffende Einrede selbständig nicht verzichtbar.

5) Der Verzicht auf Einreden erfolgt durch einseitige Erklärung, die zwar empfangs-, aber nicht annahmebedürftig ist.

6) Um alle Zweifel zu beseitigen, ist zu wünschen, daß das Gesetz noch etwa folgende Bestimmung aufnimmt:

„Die Einreden sind verzichtbar, sofern sie nicht Zustandsrechte oder unselbständige Einreden oder im öffentlichen Interesse gegeben sind. Zum Verzicht genügt die einseitige empfangsbedürftige Erklärung mit Ausnahme der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, zu deren Aufhebung ein inhaltändernder Vertrag erforderlich ist."

Es soll zugegeben werden, daß diese Bestimmung die Frage offen läßt, welche Einreden unselbständige oder Zustandsrechte oder im öffentlichen Interesse gegeben sind, und gerade — wie wir gesehen haben — manche Einreden erhebliche Zweifel in der einen oder anderen Richtung aufkommen lassen. Aber die Lösung dieser Frage muß der Wissenschaft überlassen bleiben, da es nicht möglich ist, eine derartige kasuistische Regelung im Gesetz zu treffen. Immerhin wäre aber dem Streit, ob einseitiger Verzicht genügt oder ob Vertrag erforderlich ist, die Spitze gebrochen.

Lebenslauf.

Ich bin am 6. November 1899 in Wendisch-Priborn als Sohn des Lehrers Ulrich Sievert geboren. Nach dem Besuche der Volksschule in Wendisch-Priborn, der Realschule in Güstrow und der Oberrealschule in Spandau bestand ich Ostern 1920 das Abiturientenexamen, nachdem ich in der Zwischenzeit $^3/_4$ Jahr im Militärdienst gestanden habe. Darauf habe ich 7 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten München, Jena und Rostock studiert und am 18. März 1924 in Rostock die Referendarprüfung bestanden. Zurzeit bin ich Referendar beim Landgericht in Rostock.